

**El Precedente Administrativo frente a la Declaratoria de Insubsistencia de
funcionario Público a partir del año 2019 al 2021 con base a la Ley 1437 de 2011.**

Gabriela Alejandra Salazar Salomón

John Stevens Camargo Camargo

Nicholas Magiver Escobar Beltrán



UNIVERSIDAD
La Gran Colombia

Vigilada MINEDUCACIÓN

Especialización en Derecho Administrativo, Facultad de Posgrados de la

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Universidad La Gran Colombia, Sede Bogotá

Ciudad

2022

El Precedente Administrativo frente a la Declaratoria de Insubsistencia de funcionario Público a partir del año 2019 al 2021 con base a la Ley 1437 de 2011.

Gabriela Alejandra Salazar Salomón

John Stevens Camargo Camargo

Nicholas Magiver Escobar Beltrán

Trabajo de Grado presentado como requisito para optar al título de Especialistas en Derecho Administrativo.

Dr. Adrián Zeballosf Cuathin



Especialización en Derecho Administrativo, Facultad de Posgrados de la

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Universidad La Gran Colombia, Sede Bogotá

Ciudad

2022

Dedicatoria.

Con todo nuestro esfuerzo, aprecio y amor, dedicamos este artículo de investigación a nuestras familias, amigos, miembros y comunidad grancolombiana y en general a todas las personas que implícitamente hicieron parte de lo que ahora y siempre lo narraremos como un logro de los que fue nuestra exitosa formación académica como Especialistas en Derecho Administrativo.

Yo, Gabriela Alejandra Salazar Salomón, dedico este proyecto con toda mi alma y corazón a mis padres Ramiro y Sandra, a mis hermanas Karen y Daniela, a Damián quien también es como mi hermano, a mis sobrinas María y Juanita y a mis abuelos Alfredo y Aurora, quienes fueron testigos de cada esfuerzo y también se sumaron a ello, pero sobre todo fueron el soporte que más necesite y nunca me faltó; espero que cuando lean esto se sientan orgullosos de quien formaron, ¡gracias!.

Yo, John Stevens Camargo Camargo, dedico este proyecto de manera inicial a Dios, mi familia especialmente a mi tío Euclides Camargo Garzón, quien durante su estadía en esta dimensión del mundo terrenal fue un gran ejemplo a seguir en lo personal y en su impecable carrera como abogado dejando un gran legado a seguir, a mi esposa, mis hijos, mis padres, hermanos, abuelos y tías, también a la ardua dedicación y constancia de la compañera Gabriela Alejandra Salazar Salomón, en la elaboración de este proyecto, cuya salud se ha visto comprometida durante la ejecución del mismo debido a su persistencia y compromiso en el cumplimiento de sus responsabilidades académicas inmensas a este.

Yo, Nicholas Magiver Escobar Beltrán, dedico este proyecto con toda mi alma y corazón a mis padres Hipólito y Lidiana, a mis hermanos David y Denis Frank, a Tairon que es mi sobrino, quienes fueron testigos de cada esfuerzo y también se sumaron a ello, especialmente a mis primos Luis Guillermo, Yuri, José Aurelio, Pablo y tíos Sigifredo, Guillermo, Ceny, Luis Eduardo, Pablo Filo y por último a mis abuelos Aminta Filo y Justino Enrique que sobre todo fueron el soporte que más necesite y nunca me faltó; espero que cuando lean esto se sientan orgullosos de quien formaron, ¡gracias!.

Agradecimientos.

Extendemos un entusiasta agradecimiento a nuestro director de este artículo de investigación, así como nuestro docente de cátedra el Doctor Adrian Zeballosf Cuathin, quien a través de su vocación por la enseñanza y la educación nos instruyó para hacer de este artículo de investigación, en donde bajo criterios profesionales e investigativos quisimos plasmar la relevancia del Precedente Administrativo en Colombia con relación a la Extensión Jurisprudencial frente a la Declaratoria de Insubsistencia de un Funcionario Público.

Aunado lo anterior, extendemos nuestros más sinceros agradecimientos al Doctor Víctor Morales Salcedo y al Doctor Juan Diego Diaz, de quienes destacamos todo el apoyo recibido durante nuestra formación académica y destacamos su experiencia y conocimiento, pero sobre todo su calidad humana, mismas que son pilares fundamentales dentro de nuestra formación no solo como profesionales especialistas, sino como personas.

Finalmente, agradecemos en general a nuestra alma mater, nuestra Universidad La Gran Colombia, gracias por formar profesionales que aporten, construyan y le apunten a generar cambios en favor de nuestra sociedad, quienes a través de diferentes aristas tienen en anhelo de construir país haciendo uso de los conocimientos transmitidos y adquiridos desde la académica, así como dentro de escenarios de poder y toma de decisiones.

TABLA DE CONTENIDO

	P.
Resumen	8
Abstract	9
Introducción	10
Formulación del Problema	11
Objetivos	12
Objetivo General	12
Objetivos Específicos	12
Justificación	13
Metodología	15
Capítulo Primero	17
1.1. Descripción del Contexto y el Concepto de la Declaratoria de Insubsistencia de funcionarios Públicos y su Origen en Colombia.	17
1.1.1. Descripción de la Figura de la Declaratoria de Insubsistencia de funcionarios Públicos.	17
1.1.2. Discrecionalidad del Nominador ante la Declaratoria de Insubsistencia de funcionarios Públicos.	19
1.1.3. La Presencia del Debido Proceso como Garantía Constitucional del funcionario Público Ante la Declaratoria de Insubsistencia.	21
1.2. Descripción del Contexto y Concepto de la Declaratoria de Insubsistencia de funcionarios Públicos con base a la Normatividad Vigente y Jurisprudencia.	22
1.2.1. Descripción del Contexto y Concepto de la Declaratoria de Insubsistencia de funcionarios Públicos Según Concepto del Depto. Admón.	

de la Función Pública.	23
1.2.2. Descripción del Contexto y Concepto de la Declaratoria de Insubsistencia de funcionarios Públicos bajo la luz de la normatividad de la Ley 909 de 2004 Dec. 1083 de 2015.	24
1.2.3. Descripción del Contexto y Concepto de la Declaratoria de Insubsistencia de funcionarios Públicos dentro de la postura del Consejo de Estado en paralelo con la perspectiva doctrinal.	25
1.3. La Declaratoria de Insubsistencia del funcionario Público dentro del Marco de los Principios del Debido Proceso, Buena Fe, Moralidad, Transparencia y Publicidad de la Actuación Administrativa bajo lo normado en el artículo 3 del CPACA.	27
1.3.1. El Debido Proceso, La Buena Fe y la Moralidad dentro del ámbito de la Declaratoria de Insubsistencia del funcionario Público.	28
1.3.2. El Principio de Transparencia y Publicidad dentro del ámbito de la Declaratoria de Insubsistencia del funcionario Público.	30
1.3.3. La Existencia de la Dualidad Inmersa en la Declaración de Insubsistencia del funcionario Público.	31
Capítulo Segundo.	33
2.1. Precedente	33
2.1.1. Antecedentes del Precedente.	33
2.1.2. Concepto del Precedente.	35
2.1.3. Finalidad del Precedente:	36
2.2. Precedente Constitucional en Colombia	36
2.2.1. Concepto de Precedente Constitucional	37
2.2.2. Precedente Constitucional en Colombia, con relación	

a la Corte Constitucional antes de la Constitución Política de 1991	38
2.2.3. Precedente Constitucional en Colombia, con relación	
a la Corte Constitucional después de la Constitución Política de 1991	39
2.3. Implementación del Precedente Administrativo.	
2.3.1. Implementación del Precedente Administrativo en Colombia.	
2.3.2. El Precedente Administrativo en Colombia con la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2022 – Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.	
2.3.3. Relación del Precedente Administrativo en Colombia y la Declaratoria de Insubsistencia.	
Capítulo Tercero.	40
3. Precedente Administrativo.	40
3.1.2. procedimientos del precedente administrativo	41
3.1.1. concepto y relación con el precedente administrativo	42
3.1.3. Análisis de la Acción de Tutela N° 545 del 28 de mayo de 2004.	45
3.2. Extensión jurisprudencial.	48
3.2.1. Extensión de Jurisprudencia	48
3.2.1. Concepto y principios de la Extensión de Jurisprudencia.	54
3.2.2. Naturaleza Jurídica y procedimiento de la Extensión de Jurisprudencia	57
3.2.3. Análisis de la Sentencia del Consejo de estado 2013-096	59
3.3. La Extensión de Jurisprudencia con relación a la insubsistencia	61
3.3.1. Concepto y relación de la extensión de jurisprudencia con la insubsistencia	66
3.3.2. procedimientos de la insubsistencia y concepto de la nulidad y restablecimiento del derecho.	68
3.3.3. Caso práctico de la Sentencia del Tribunal	

Administrativo del Choco 2019-1437 ante el Consejo de Estado.

68

Conclusiones

Referencias Bibliográficas

Resumen.

El contenido del presente trabajo de investigación permite visualizar el Precedente Administrativo, en su desarrollo bajo el contexto de la Declaratoria de Insubsistencia de un funcionario Público, a través de la aplicación del Medio de Control de la Nulidad y Restablecimiento del Derecho, donde se identificará su evolución durante el periodo del año 2019 hasta el año 2021. Su primer capítulo hará una descripción sobre la inclusión de la insubsistencia del funcionario público en paralelo de la normatividad, la jurisprudencia y los principios en la administración bajo la ley 1437 del 2011 y la Constitución de 1991. Posterior a ello en el Segundo Capítulo se habla del Precedente, encontrándose su conceptualización, sus antecedentes, entre otros aspectos, para reflejar su importancia en Colombia bajo la normatividad vigente. Dando paso al Tercer Capítulo que permitirá conocer la práctica de estas figuras a través de la citación de jurisprudencia concordantes con los conceptos anteriormente señalados.

Abstract.

The content of this research work allows visualizing the Administrative Precedent, in its development under the context of the Declaration of Insubistence of a Public Official, through the application of the Means of Control of Nullity and Restoration of Law, where its evolution will be identified during the period of 2019 until 2021. Its first chapter will describe the inclusion of the insubsistence of the public official in parallel with the normativity, jurisprudence and principles in the administration under Law 1437 of 2011 and the Constitution of 1991. Later, in the Second Chapter, the Precedent is mentioned, and its conceptualization, its background, among other aspects, is found to reflect its importance in Colombia under the current regulations. Giving way to the Third Chapter that will allow us to know the practice of these figures through the citation of jurisprudence consistent with the aforementioned concepts.

Introducción

De acuerdo a la importancia de garantizar los principios y fines de la administración y derechos constitucionales de los administrados o asociados, por medio de la aplicación de las actuaciones administrativas o circunstancias de omisiones o acciones que el Estado haya incurrido en su actuar que haya generado vulneración al administrado y que por medio de mecanismos jurisprudenciales o de la misma entidad estatal se haya podido subsanar y brindar reparación a la afectación ocurrida en un caso anterior, pueda ser esta invocada para los casos en donde a un funcionario público le sea generada la declaratoria de insubsistencia y que por medio de estos precedentes judiciales de situaciones similares permitan dirimir y corregir tal hecho en la ejecución del medio de control de Nulidad y Restablecimiento de Derecho.

Siendo de carácter fundamental y constitucional la existencia del del Precedente Administrativo en el desarrollo Dcho. Administrativo nacional, es requerido trabajar sobre esta figura, ya que le ha de permitir al administrado poder lograr la reparación de sus derechos cuando se ha ejecutado alguna acción que ponga en riesgo o niegue sus garantías adquiridas que el Estado debe proteger, sin embargo a pesar de que ha de existir jurisprudencia y la normatividad actual da soporte a la figura del Precedente Administrativo, falta aún mayor aplicación, gestión y empoderamiento en su uso, para el restablecimiento de derecho que ha de solicitar el administrado.

Formulación del Problema

Si el Precedente Administrativo con relación a la Extensión Jurisprudencial proferida por el Consejo de Estado frente la declaratoria de insubsistencia de un funcionario público entre los años 2019 al 2021 respecto del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho ha sido relativa su aplicación a pesar del respaldo normativo vigente con el que cuenta, su participación ha quedado en segundo plano o no se le ha dado la importancia que debe tener, es por ello que se genera el siguiente cuestionamiento:

¿Cuál es la eficacia del Precedente Administrativo en el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, en relación con la insubsistencia del funcionario público, de conformidad con la Ley 1437 de 2011?

Objetivos.

Objetivo general.

Evaluar la eficacia del Precedente Administrativo en cuanto al medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, en relación a la insubsistencia del funcionario público, de conformidad con la Ley 1437 de 2011.

Objetivos específicos.

1. Describir el contexto y el concepto de la Declaratoria de Insubsistencia de funcionarios.
2. Explicar el alcance del Precedente Administrativo en Colombia.
3. Analizar el precedente administrativo en un caso específico.

Justificación.

La finalidad de esta investigación corresponde a cabo la exploración de la aplicación jurisprudencial y normativa en cuanto a la eficacia del Precedente Administrativo con relación a la Extensión Jurisprudencial proferida por Consejo de Estado frente a la declaratoria de insubsistencia de un funcionario público entre los años 2019 al 2021 respecto del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

Que permitirá sensibilizar la importancia de la Extensión Jurisprudencial para dar una respuesta jurídica que permita dirimir conflictos generado a través de la declaratoria de Insubsistencia de un funcionario y cuyas acciones con antelación se hayan desarrollado bajo el contexto del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

Los beneficios a aportar esta investigación ha de asociarse las oportunidades que se pueden adelantar dentro de una perspectiva académica que da lugar a trascender a su aplicación en ámbitos prácticos en un contexto de defensa administrativa, debido a que la figura de la Extensión Jurisprudencial aún está en proceso de fortalecimiento y practicidad, puesto que en la actualidad se ha vuelto tendencia la perspectiva de tener como marco de referencia a las determinaciones jurisprudenciales en sus precedentes, para llenar vacíos que suelen surgir en toda materia jurídica referente a lo estipulado por parte del legislador en la normatividad vigente y para el citado tópico de la declaratoria de insubsistencia de un funcionario público a través del medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho dentro de un marco de tiempo del año 2019 hasta el año 2021.

Dando a conocer también que otra de las fundamentaciones a tener en cuenta para el desarrollo de este trabajo investigativo, es permitir la posibilidad que durante el proceso de recopilación de

información, análisis y trazabilidad de los contenidos jurisprudenciales y normativos el citado tema, permite nuevas discusiones, nuevas alternativas, nuevos puntos de vista que den lugar al enriquecimiento del conocimiento de esta materia en el Derecho Administrativo.

Dentro de la viabilidad y factibilidad de la presente investigación se ha de argumentar que es posible su realización, con base a la existencia de jurisprudencia, doctrina, base de datos, entre otros; recopilación de datos que permitirá establecer un mapa de ruta que brinde soporte en la contextualización y sensibilización del tópico de trabajo. Los recursos con los que se ha de contar para la realización de la presente investigación, en cuanto al material documental serán ubicados por medio de la disponibilidad de las herramientas que ofrece la internet, a través del uso de portales institucionales ,que permita tener acceso a las jurisprudencias del Consejo de Estado, publicaciones Indexadas y medios que brinda la Universidad La Gran Colombia; en cuanto a los recursos humanos se ha de disponer de los tres integrantes que componen el grupo de trabajo, donde se aportará en principio el tiempo de dedicación sincronizado para la realización de los contenidos y labores que ha de ameritar la presente investigación.

El tema de trabajo de investigación que consiste en evaluar la eficacia del Precedente Administrativo en el medio de control del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, en relación hacia la insubsistencia del funcionario público, de conformidad con la Ley 1437 de 2011, ha de permitir a La Universidad La Gran Colombia, en desarrollar precedentes que busquen el objeto de continuar con la expectativa de orientar a la comunidad estudiantil en la importancia de explorar las vías jurisprudenciales, que puedan dar luz en los vacíos normativos del legislador en contextos del Derecho Administrativo como es el citado escenario.

Metodología.

El presente trabajo ha de ejecutarse dentro del nivel epistemológico de la holística de la investigación, cuya metodología ha sido seleccionada por la conectividad e integralidad de diferentes recursos para emplear en la dinámica que se ejecutará en esta investigación, la cual ha de facultar la administración optimizada de la recopilación de datos provenientes de las fuentes de información y procedimientos incorporados en la ejecución del presente proyecto.

Dentro de los parámetros ofrecidas por el nivel epistemológico de la holística de la investigación, respecto al tópico de la investigación correspondiente a la Relevancia del Precedente Administrativo con relación a la Extensión Jurisprudencial frente a la Declaratoria de Insubsistencia de un Funcionario Público entre los años 2019 al 2021 Respecto al medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, de conformidad con la Ley 1437 de 2011 se ha de llevar a cabo un estudio comparativo y de inspección, donde a la normatividad y jurisprudencia encontrada para el tema, se ejecutarán en su mayoría los objetivos de esta modalidad investigativa como ha de corresponder en las fases de explorar, describir, analizar, comparar, explicar, predecir, proponer, entre otros.

Siendo imperativo dar prioridad al desarrollo y ejecución de los objetivos planteados, la investigación holística facultará al presente trabajo a tener un mayor campo de acción sobre el métodos usados en la recopilación de datos y estudio sobre los mismos, donde no se limitará a una estructura hermética de clasificación de información, sino a una dinámica comparativa que pueda dar lugar a validar el análisis de las diferentes posturas acerca de la eficacia del Precedente Administrativo en el medio de control del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, en relación con la insubsistencia del funcionario público, concordante con la Ley 1437 de 2011.

El tipo de investigación que se desarrollará ha de corresponder a una investigación cualitativa con énfasis a una perspectiva exploratoria, debido a que a pesar de la existencia de un soporte normativo que fundamenta la aplicación del Precedente Administrativo en la legislación nacional como lo ha de citar la Ley 1437 del 2011, aún sigue siendo un tópico en desarrollo e implementación en la resolución de vacíos legislativos, entre la figura del Estado y sus Administrados (Asociados) y en concordancia con la especificidad, la conexión en el momento de ser implementado con el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, con relación a la insubsistencia del funcionario público, lo cual ha de exhortar conllevar un procedimiento investigativo con una aplicación deductiva que permite una percepción comparativa de los insumos recopilados, generando una mayor cercanía a la contextualización del tópico que concierne al tópico del presente trabajo.

Los métodos de investigación aplicados para el presente trabajo harán de corresponder al ejercicio de una investigación bibliográfica, de artículos de interés jurídico en línea, revistas indexadas, jurisprudencia del Consejo de Estado, así mismo se ha de mencionar que se ha de incorporar la figura de la entrevista que ha de brindar una perspectiva real alimentando el presupuesto evidencia respecto a la propuesta que trae inmerso el presente trabajo.

El enfoque de la investigación jurídica a implementar ha de corresponder a la hermenéutica jurídica, la cual desarrollará el análisis y las formas de interpretación que darán lugar al estudio de jurisprudencia, con base a un procedimiento comparativo respecto a la eficacia y en contraste con la normatividad existente respecto a la eficacia del Precedente Administrativo en el medio de control del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, en relación con la insubsistencia del funcionario público, de conformidad con la Ley 1437 de 2011.

Capítulo Primero.

1.1. Descripción del Contexto y el Concepto de la Declaratoria de Insubsistencia de funcionarios Públicos y su Origen en Colombia.

El contenido de este capítulo permitirá desarrollar la concepción de la declaratoria de insubsistencia de funcionarios públicos, a través de la enmarcación de la normatividad vigente y la postura jurisprudencial que ha tenido la declaratoria de Insubsistencia, así mismo se ha de describir la importancia del papel que juega en esta temática en cuanto a los pilares como el Debido Proceso, Buena Fe, Moralidad, Transparencia y Publicidad que se plasman en el artículo 3 del CPACA.

1.1.1. Descripción de la Figura de la Declaratoria de Insubsistencia de funcionarios Públicos.

En el presente subcapítulo permite explorar la Declaratoria de Insubsistencia del funcionario Público, donde se incorpora el análisis asociado a la discrecionalidad del nominador en su potestad para aplicarlo al funcionario público a cargo, de igual manera se ha de invocar la presencia del Debido Proceso como garantía Constitucional ante la carga que genera para el funcionario su la Declaratoria de insubsistencia.

La Declaratoria de Insubsistencia ha de corresponder a la modalidad en la cual se aplica la remoción del cargo público a quienes se encuentran ejerciendo una labor bajo el entendido de las figuras de libre nombramiento, remoción o temporalidad, dentro el criterio de la discrecionalidad del nominador cuya motivación ha de ser concordante con el mejoramiento del servicio público y su barrera para ejecutar dicha acción debe estar apegada la normatividad que sea inherente a la misión encomendada.

Cuya apreciación en su práctica genera diferentes posturas acerca de la complejidad respecto a la línea limítrofe entre la legalidad y vulneración al Debido Proceso de las determinaciones del nominador, a través de su discrecionalidad al momento de materializarse la separación del cargo al funcionario público, sin embargo, ha de traerse a colación el siguiente aparte que brinda Méndez con relación a los parámetros sobre el deber ser de la ejecución de la declaratoria de Insuficiencia de funcionario Público.

“Pero lo anterior no es excusa para que la administración no fundamenta la motivación por Es necesario que la administración lleve a cabo la debida fundamentación en la declaratoria de insubsistencia del cargo, con el objeto de salvaguardar las garantías jurídicas del empleado público, la presencia del debido proceso, para que de esta forma sea transparente la labor de legitimar la finalidad de la priorización del mejoramiento del servicio y calidad de la prestación funcional, generando concordancia con el deber ser de la meritocracia y la adecuada administración estatal.” **(Mendez, sf, P. 9)**

Otra perspectiva que ha de poseer la figura de la declaratoria de insubsistencia de funcionarios Públicos, se ha de fundamentar en que su existencia ha de garantizar y legitimar los postulados constitucionales acerca de la carrera administrativa, debido a que los cargos públicos en su ocupación debe predominar y de esa forma ha de permitir regular el porcentaje de la ocupación de estos empleos por parte de los funcionarios públicos que se encuentren bajo libre nombramiento y remoción; cuyo postulado se ha de reflejar en el siguiente aparte que argumenta según Marín:

“La conformación que se menciona bajo sustento constitucional, indica que las funciones permanentes del Estado, debe estar disponible una cantidad de empleos públicos, donde sea notoria la participación de funcionarios de carrera administrativa, brindando el amparo de principios como la igualdad, el mérito y sus competencias, para evitar la existencia de la

figura de filiaciones políticas, entre otros que puedan influir en el ingreso, permanencia de los funcionarios públicos en los establecimientos del Estado.” (Marín, párr 10,2020).

Sobre las anteriores consideraciones se ha de evidenciar que el papel del nominador en su proceder como directivo ha de corresponder a un actuar equilibrado y balanceado ante la aplicación de la Declaratoria de Insubsistencia ante los funcionarios públicos, ya que radica en el la representación y legitimidad de la administración pública, puesto que su discrecionalidad no es tan amplia y ha de conllevar una motivación en sus actuaciones administrativas donde se evidencie en la justificación mejoramiento de la prestación del servicio.

1.1.2. Discrecionalidad del Nominador ante la Declaratoria de Insubsistencia de funcionarios Públicos.

La potestad que posee el nominador de la entidad estatal, para seleccionar su personal de confianza cuyas cualificaciones brindan garantía al cumplimiento del buen servicio y prestación de la función pública, ha de disponer la facultad de culminar la labor del servidor público del cargo, cuya figura de vinculación haya sido de libre remoción y nombramiento, cuando considere que al optar por la desvinculación del funcionario público, se logre un mejoramiento en el servicio que garantice las finalidades de la función pública. Sin embargo, la discrecionalidad del nominador no está libre de límites en el contexto de lo público, ya que existen pautas que brindan control a este poder, respecto a la declaratoria de insubsistencia de los funcionarios públicos, donde en el siguiente aparte menciona Ordeñez, ciertos parámetros constitucionales que han de regular tal discrecionalidad.

“Los parámetros constitucionales se enmarcados a través del siguiente articulado, que inicialmente se fundamenta desde el preámbulo constitucional, donde sacraliza el derecho al trabajo

dentro de los principios legales que conservan el espíritu constitucional, dando correspondencia a aquellos artículos que priorizan la primacía del Derecho al Trabajo categorizados en el Art. 1, El derecho a Laborar como una de las bases del Estado Social de Derecho, Art. 2 estabilidad de una estructura correcta y en efecto el art. 25 donde menciona al Trabajo como Derecho fundamental, estableciendo sincronía al contexto de la proclamación de insubsistencia como un procedimiento administrativo los siguientes artículos constitucionales enunciados a continuación: 29,40 numeral 6,53,89,121,125,209,210 y 238'' (Ordoñez, 2017, p. 9)

Esta discrecionalidad ha de correr el riesgo de configurarse como una desviación de poder, en el momento de llevar a cabo la actuación administrativa de declaratoria de insubsistencia si al comprobarse los hechos, el servicio por el cual ha de representar su dirección no se notó el cambio de mejora que sustentaba o motivaba la desvinculación del funcionario público y otros presupuestos mencionados en el siguiente aparte citado a continuación:

“Según lo referenciado por el Profesor Santofimio, para llegar a comprobar la desviación del poder, ha de corresponder de manera inicial a la verificación de indicios que conlleven a evidencias que reflejen el nexo causal, para poder acreditar las intenciones existentes dentro de aquellas oscuras circunstancias que cubren tal realidad, por parte de quien ha de poseer la discrecionalidad de ejecutar la respectiva remoción de cargo, sin embargo ha de ser necesario la existencia de pruebas claves como las testimoniales y documentales que permitan evidenciar la materialización de este actuar reprochable por parte del funcionario con tales competencias.” (Vega, 2012)

1.1.3. La Presencia del Debido Proceso como Garantía Constitucional del funcionario Público Ante la Declaratoria de Insubsistencia.

Con base a los planteamientos y directrices constitucionales donde sus pilares deben primar ante toda normatividad y legislación vigente, se ha de citar el apartado constitucional No. 29 de la de 1991, donde menciona como referencia la primacía del Debido Proceso, el cual ha de estar inmerso en toda actuación administrativa, especialmente en los escenarios en donde se ha de ejecutar la figura de la Declaratoria de Insubsistencia, para que cada parte inmersa en este contexto pueda tener la certeza de la legalidad con la que se ejecuta esta figura de la declaratoria de insubsistencia por parte del nominador. Sin embargo, en muchas circunstancias el funcionario público experimenta la transgresión de sus derechos fundamentales conexos a la ejecución de la radicación de una petición soportado por el apartado constitucional No. 23, cuando el acto administrativo carece de ciertas garantías y presupuestos, que se deben tener en cuenta, de acuerdo al aparte citado a continuación correspondiente al Concepto 147781 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública.

“En el presente artículo 2.4.3, se encuentra inmerso la vinculación del derecho del debido proceso, donde se describe las garantías como: la notificación de los actos que son expedidos en el desarrollo del proceso, la incorporación de evidencias, el derecho de defensa y refutación de pruebas en contra, el principio de publicidad, el derecho de uso de recursos, permitiendo así la facultad del deber ser en cuanto a las legalidades que reza es su integralidad del debido proceso.” **(DAFP, 2021)**

Siendo de primacía la aplicación de los parámetros constitucionales en toda regulación que ha de mencionarse en la elaboración de toda actuación administrativa, es relevante citar las primeras líneas constitucionales del apartado No. 29 de la Constitución Política de 1991 donde abarca facultades

asociadas al debido proceso, conllevando a ser el pilar fundamental para todo tipo de recurso ante las autoridades administrativas representadas en este caso por el nominador ante el funcionario público en la calidad de cargo de libre nombramiento y remoción.

Según reza el artículo 29 Constitucional, que “el debido proceso aplicará a toda actuación judicial y administrativa, constriñendo a las entidades públicas que representan el Estado a no salirse del margen constitucional evitando que se cometan irregularidades que afecten al administrado, quien guarda fidelidad al cumplimiento de la buena fe del proceder de las autoridades.” (Const. P.,art. 29,1991)

1.2. Descripción del Contexto y Concepto de la Declaratoria de Insubsistencia de funcionarios Públicos con base a la Normatividad Vigente y Jurisprudencia.

El tópico del presente subcapítulo ha de explorar la Declaratoria de Insubsistencia de funcionarios públicos con base a paralelos asociados a la conceptualización realizada por parte del Depto. Admón. de la Función Pública, la percepción del legislador con base a la normatividad de la Ley 909 de 2004 y el desarrollo jurisprudencial bajo la luz del Consejo de Estado.

1.2.1. Descripción del Contexto y Concepto de la Declaratoria de Insubsistencia de funcionarios Públicos Según Concepto del Depto. Admón. de la Función Pública.

Conforme a estas circunstancias y condiciones por las cuales parte de los funcionarios que ejecutan su actividad de trabajo en el entorno estatal y que precisamente no son de carrera administrativa, sino se encuentran ejecutando su labor por medio de la figura de libre nombramiento y remoción, se han visto afectados en la culminación de sus actividades por condiciones unilaterales, bajo la siguiente potestad indicada a continuación:

“De acuerdo al concepto No. 20206000139191 en su apartado 41 aparece demarcado los móviles del retiro del servicio, donde se menciona que la atribución para llevar a cabo la remoción en los cargos de libre nombramiento y remoción se ha de efectuar la figura de la discrecionalidad, a través de actos no motivados, legitimando al nominador su autonomía para ejecutar tal acción de acuerdo a factores de su conveniencia y confianza.”

(DAF,2020. p. 2,3)

Con lo anteriormente indicado en el citado concepto se ha de mencionar un aparte en el cual el Consejo de Estado realiza una aclaración, que determina el deber ser para la legitimidad de llevar a cabo la invocación de la figura de la insubsistencia del nombramiento en las ocupaciones de libre nombramiento y remoción:

Con arreglo al apartado de Sentencia: “20206000139191 del Consejo de Estado que reza en este concepto le da la legitimidad al nominador para que recurra a la insubsistencia, con el propósito de afianzar la oportunidad del mejoramiento del servicio y garantizar el cumplimiento de la función pública, es por ello que el acto administrativo que concentra la

voluntad del nominador gozando esta de la respectiva presunción de legalidad.”

(DAF,2020. p.: 2,3)

1.2.2. Descripción del Contexto y Concepto de la Declaratoria de Insubsistencia de funcionarios Públicos bajo la luz de la normatividad de la Ley 909 de 2004 Dec. 1083 de 2015.

Dentro del plano normativo que ha de regular la dinámica y aplicación de la configuración de la declaratoria de Insubsistencia del nombramiento y libre remoción en cuanto a funcionarios públicos, se encuentra la Ley 909 de 2004 de tal forma que han de crearse preceptos que definen un orden a aplicar para los cargos públicos, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones y el Dec. 1083 de 2015, el cual ha de generar modificaciones a la Ley 909 de 2004.

Esta normatividad ofrece la facultad de sensibilizar los parámetros para evaluar la calificación o rendimiento laboral de los servidores públicos, donde a pesar de que hacen parte del lineamiento de ser de carrera, trae la connotación que su permanencia no es sinónimo de permanencia absoluta dentro de ámbito público, en un grado menor, pero si susceptible sobre cómo se presenta la declaratoria de insubsistencia de funcionario público de libre nombramiento y remoción.

Dados estos escenarios se exterioriza el mecanismo de evaluación de desempeño y calificación de servicios, cuya norma la define a continuación en el siguiente apartado:

“El mecanismo de evaluación y desempeño laboral tiene la finalidad de medir el rendimiento, las pericias laborales y el desempeños de objetivos propuestos a favor de la función pública, que se aplicarán a los funcionarios de carrera y en periodo de prueba, bajo criterios y

elementos objetivos que permitan identificar los méritos que acordes a la conservación de la permanecía de dicho cargo.’’ (Dec. 1083, art. 2.2.8.1.1, 2015)

La ejecución del método de calificación de servicios posee una directriz y unos parámetros que se deben dar cumplimiento para su efectividad y los propósitos a cargo de la entidad estatal, cuyas características serán aplicadas a funcionarios de carrera y de prueba, como se describe se describe en el siguiente aparte de acuerdo con el art. art 2.2.8.1.10 de la citada norma.

“La mencionada ley ha de indicar que la calificación de servicios no satisfactoria ha de corresponder al rendimiento deficiente de la calidad de su ejercicio laboral, de un término anual o extraordinario, haciendo que su nombramiento de funcionario de carrera pueda ser objeto de insubsistencia, a través de la elaboración de resolución motivada, por parte del nominador a cargo dentro de la entidad. Sin embargo, ha de mencionarse que, para la calificación de servicios no satisfactoria de una funcionaria pública, únicamente podrá realizarse dentro de los 8 días posteriores a la finalización de la licencia de maternidad, adopción o la licencia concerniente, no aplica esta para las circunstancias de aborto o parto prematuro.’’ (Dec 1083, art. 2.2.8.1.10,parg, 2015)

1.2.3. Descripción del Contexto y Concepto de la Declaratoria de Insubsistencia de funcionarios Públicos dentro de la postura del Consejo de Estado en paralelo con la perspectiva doctrinal.

Dentro de la perspectivas jurisprudenciales emitidas por parte del Consejo de Estado, han de reiterar que la figura de la declaratoria de insubsistencia del nombramiento en las ocupaciones de libre nombramiento y remoción, teniendo facultad potestativa de contar con la discrecionalidad por parte de la entidad estatal en llevar a cabo su consideración si es viable o no la finalización de la ocupación de las

labores encomendadas al funcionario público que se encuentre a través de la figura de libre nombramiento y remoción, y a su vez citando que la ejecución de las mismas no ha de ser necesario justificar la motivación de las mismas por parte del nominador.

“Según la postura del Consejo de Estado manifiesta que el nominador posee la facultad de determinar la continuidad o no de los cargos a su libre arbitrio con relación a los funcionarios de libre nombramiento y remoción, sin el menester de justificar su proceder, ya que se ve representado en su facultad discrecional, sin embargo va inmerso en sus determinaciones que su decisión debe estar bajo el encuadramiento y finalidades que pide la norma, para la existencia de proporcionalidad y compensación del fundamento normativo vigente.” (CE., 2020)

En consideración con los parámetros anteriormente citados por parte de la normatividad vigente y la consulta realizada con base a una de las sentencias del Consejo de Estado, ha de estipularse que la figura de la declaratoria de Insubsistencia de funcionarios públicos, es una medida que ha de tomar la administración de las entidades estatales, con la finalidad de llevar a cabo la coordinación y el cumplimiento de los objetivos a cargo por la misma, donde ha de disponer de la libertad de determinar hasta que tiempo llega la finalización de las misiones encomendadas al colaborador, ya sea por culminación del trabajo, por estar en búsqueda de mejoras de optimización de resultados para la citada labor o en su defecto en la determinación de no cumplimiento con la satisfacción y expectativas esperadas por parte del nominador.

Sin embargo bajo las discrecionalidades y posibles subjetividades del nominador a cargo de la entidad estatal en sus parámetros y protocolos de calificación a los funcionarios públicos que se encuentren bajo la figura de libre remoción y libre nombramiento, ha de presentarse ciertos riesgos de vulnerabilidad que han de afectar sus derechos e intereses, donde se desvirtualizaría la figura de las

garantías del ente administrador hacia los colaboradores con la figura de libre remoción y libre nombramiento, lo cual ha de tener concordancia con el siguiente aparte citado según Jinette Vega Castaño:

“Dentro de la aplicación de la declaratoria de insubsistencia de funcionario público, se ha de verse permeado vicios ocultos que son categorizados como exceso de fuerza, donde se disfraza a través de la gestión de la escogencia y permanencia de funcionarios de libre remoción y nombramiento, acción que suele justificarse con la argumentación de que estos funcionarios carecen de competencia, que sus rendimientos no son los esperados por la administración, mas no por el objeto de dar participación a los funcionarios públicos de carrera, dando cumplimiento al derecho laboral normado para estos de manera constitucional con base a su estabilidad” (Vega, 2021)

1.3. La Declaratoria de Insubsistencia del funcionario Público dentro del Marco de los Principios del Debido Proceso, Buena Fe, Moralidad, Transparencia y Publicidad de la Actuación Administrativa bajo lo normado en el artículo 3 del CPACA.

En desarrollo del presente subcapítulo ha de enmarcar la Declaratoria de Insubsistencia del funcionario Público, bajo el análisis del deber ser en su aplicación respecto a los pilares administrativos como el debido Proceso, la buena fe, la moralidad, la transparencia y Publicidad, cuya dinámica ha de generar controversias respecto a la ponderación de prioridades acerca de la realización de la función pública a través de la administración y el aval hacia el funcionario público.

1.3.1. El Debido Proceso, La Buena Fe y la Moralidad dentro del ámbito de la Declaratoria de Insubsistencia del funcionario Público.

Dentro de los parámetros Constitucionales y a la lupa de la Ley 1437 de 2011 correspondiente al CPACA, se ha de encontrar sus fundamentos y principios por los cuales se ha de regir toda actuación administrativa, para que estén inmersos en ellos la realización de las finalidades del Estado y la primacía de lo general hacia lo particular, que establece conexión con el propósito de la función pública, en cuanto a la ejecución de la Declaratoria de Insubsistencia del funcionario Público.

Sin discriminar la importancia de la totalidad de los principios compilados en el CPACA en el artículo 3 de esta misma codificación, se citarán algunos de ellos para enmarcar la materialización de la declaratoria de Insubsistencia del funcionario Público, citando en este momento el principio del Debido Proceso, La Buena Fe y la Moralidad ya que deben ser incorporados en el desarrollo y ejecución de toda actuación administrativa.

En el entendido del deber ser en la perspectiva del funcionario público hacia el nominador el actuar corresponderá a que sus motivaciones de toda actuación administrativa estén desarrolladas bajo el manto de la obligación del proceder correctamente, sin ninguna figura oscura de desviación de poder en el momento de la materialización de la Declaratoria de Insubsistencia para el funcionario público.

Se trae a colación los siguientes apartados de la citada normatividad con la finalidad de contextualizar la imperatividad que debe existir en todo acto administrativo y que para efectos de la Declaratoria de Insubsistencia debe estar presente.

“En los numerales 4 y 5 del citado artículo se invoca los pilares fundamentales de buena fe y la moralidad cuyo propósito dentro del deber ser corresponde su participación en la ejecución de la Declaratoria de Insubsistencia del funcionario público, ya que se ha de considerar que todo nominador representa el buen proceder de la autoridad legítima en cuanto a la búsqueda de la garantía del bien general sobre el particular, que para efectos puntuales se traduce en pro del bueno funcionamiento de la función pública, no alejado del principio de la moralidad, donde se ha de considerar que el nominador se encuentra investido de un actuar con insumos como la rectitud, lealtad, honestidad en toda actuación administrativa.” (L. 1437, Art. 3, núm. 4,5, 2011).

En la búsqueda de equilibrio y redención de derechos por parte del funcionario público, cuando ha de considerar que por alguna razón el objeto de motivación de la declaratoria de insubsistencia, se encuentra alejado del deber ser respecto del nominador, debe ser relevante un examen minucioso para determinar la existencia de factores que puedan verse alterados en la trasgresión del principio y derecho del debido proceso, desde el momento que dio inicio la declaratoria de insubsistencia hasta su recta final, para determinar si el funcionario público tuvo la oportunidad de su defensa y contradicción a estas medidas que se encuentran incorporadas en lo que reza en el siguiente aparte del CPACA.

Toda actuación administrativa debe estar permeada del debido proceso, para que existan las garantías constitucionales con la finalidad de promover la facultad que tiene el administrado en situaciones que las medidas le sean adversas para ejecutar su respectiva representación, la posibilidad de contar con la defensa y su correspondiente contradicción haciendo valedero la oportunidad de refutar lo que se encuentre en su contra. (L. 1437, Art. 3, núm. 1,2011).

1.3.2. El Principio de Transparencia y Publicidad dentro del ámbito de la Declaratoria de Insubsistencia del funcionario Público.

Los principios de Transparencia y Publicidad no deben faltar en la materialización de los actos administrativos y para el presente tema de estudio como lo es el de la Declaratoria de Insubsistencia de Funcionario Público, son prioritarios su inclusión ya que estos presupuestos le ha de permitir la legitimación de este acto administrativo a la luz de la legislación del CPACA y parámetros constitucionales; dando paso a que la garantía del cumplimiento de la función pública se cumpla, es por ello que el funcionario público contará con la facultad de tener la observancia y pulcritud de la debida tramitación de esta actuación administrativa por parte del nominador, lo cual se ha de invocar el aparte del articulado de la norma citada, permitiendo la sensibilización de este principio.

“Dentro de la innegable bondad que ha de poseer el principio de transparencia la administración debe dar cumplimiento a que todo ejercicio y gestión que ejecute garantice el acceso al público, permitiendo que el administrado tenga la posibilidad de conocimiento de los mismos y cuya restricción solamente sea por el fundamento de la existencia de reserva legal.” **(L. 1437, Art. núm. 8, 2011)**

En correspondencia con el pilar de Transparencia se encuentra inmerso el Pilar de Publicidad puesto que el funcionario público se le ha de garantizar toda posibilidad y facultad de estar enterado de la notificación, tramitación y desarrollo de la actuación administrativa, la cual afectará su permanencia en el cargo encomendado en la figura de libre nombramiento y remoción, a través de todo medio que garantice el conocer de esta actuación por parte del nominador.

Ya que en algunos escenarios este principio no es aplicado a plenitud por parte del nominador hacia el funcionario público y dentro de estas parcialidades se ha de incurrir en la configuración de omisiones que harán de transgredir y vulnerar derechos al funcionario público, ya que se ha de establecerse como atenuante de estas responsabilidades la errada concepción de la facultad discrecional del nominador en su autonomía de tramitar la Declaratoria de Insubsistencia.

Partiendo de la presencia imperativa de este principio de publicidad en toda actuación administrativa, se ha de citar el aparte correspondiente a esta codificación.

“Dentro de la facultad imperativa que posee el principio de publicidad ha de exhortar a las autoridades, para que faciliten la información al público sin ningún tipo de restricción un otro recurso, en cuanto a la existencia de notificaciones, resoluciones, contratos, entre otros que ordene la ley, así mismo la incorporación de tecnologías para que la difusión de todo comunicado pueda estar al alcance y sin barreras que limiten en acceso a los mismos.” (L. 1437, Art. 3, núm. 9, 2011)

1.3.3. La Existencia de la Dualidad Inmersa en la Declaración de Insubsistencia del funcionario Público.

La Declaratoria de Insubsistencia de funcionario Público es un tópico que ha de generar diferentes controversias dentro del Derecho, debido a que se contraponen varios argumentos dificultando la unificación de planteamientos y que, por su ejecución con el objetivo de garantizar la función pública, el mejoramiento del servicio, entre otras prioridades administrativas, llega a las fronteras de vulneración de los derechos del funcionario público en condición de libre nombramiento y remoción.

Cuyas circunstancias se ha de presentar a través de la omisión de directrices que conforman la elaboración del acto administrativo desde su inicio hasta su culminación, ya sea por razones de mero defecto de formalidades o encuadramiento de desviación de poder por parte del nominador, cuyo indicio da paso a que la motivación del acto administrativo quede en tela de juicio, siendo procedente la respectiva indagación y conforme a ello la respectiva indemnización al funcionario público en caso de aplicar a este.

Dadas estos contextos ha de ser concordante el siguiente aparte que ha de citar uno de los recursos que podrá el funcionario público usar a su favor cuando se desarrollen defectos en la Declaratoria de Insubsistencia, mencionado a continuación.

“De acuerdo a la postura del Consejo de Estado al igual como la Corte Constitucional, poseen una similar apreciación en cuanto al condicionamiento que deben configurarse los actos administrativos con índole discrecional, pues el poder que se conciben en ellos es requerido la existencia de un patrón de unos mínimos en cuanto a su motivación y que estén argumentados por medio de criterios de objetividad y hechos ciertos, en concordancia a la Sentencia SU-172 de 2015, que cita que la omisión de dichos parámetros, daría paso a la invocación de la nulidad de la desviación del poder.” (Ordoñez, 2017)

En conformidad de la prevalencia de salvaguardar del deber ser, dentro de las actuaciones administrativas como se ha de definir la Declaratoria de Insubsistencia a los funcionarios Públicos va de la mano en la aplicación del espíritu del legislador que cita la ejecución de los pilares de la Administración, como son: debido proceso, la igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad. contenida en el siguiente aparte de la Ley 1437 del 2011, nombrada a continuación:

“Se reitera la priorización de la aplicación de los principios administrativos, por parte de las autoridades competentes en cuanto a la elaboración de actuaciones y procedimientos administrativos, guardando la concordancia con el mandato constitucional, para que de esta forma se conserve la transparencia, la legitimidad de la institucionalidad en cuanto a la aplicación de los principios que fundamenta la administración” (L. 1437, Art. 3, 2011)

Capítulo Segundo.

2.1. Precedente:

Dentro del presente sub capítulo hablaremos de lo que es el Precedente en sí, sus antecedentes con relación a la aplicación en el ordenamiento jurídico colombiano en virtud de que no se tenía claridad de si generaba un carácter vinculante o era meramente facultativo; asimismo, conoceremos el Concepto del Precedente en Colombia y como esto no lleva a definir someramente lo que conocemos como Precedente Constitucional y Precedente Jurídico. Finalmente, hablaremos someramente como a la luz de la jurisprudencia y la norma se da vida a la aplicación y la importancia de lo que es el Precedente en Colombia.

2.1.1. Antecedentes del Precedente.

El Precedente tiene origen con anterioridad a la promulgación de la Constitución Política de 1991, en donde se debatía si la Corte y las autoridades judiciales o los organismos con funciones judiciales realmente tenían relevancia dentro del ordenamiento jurídico ya sea a través de la jurisprudencia de la Corte Constitucional o de las diferentes providencias judiciales. Este debate se generaba debido a que no se tenía claridad de como el Precedente se iba a implementar dentro del ordenamiento jurídico, como quiera que ya se manejaba la teoría de la supremacía jurídica, básicamente lo que conocemos como la Pirámide de Kelsen, ya que el Precedente Constitucional no ha se encuentra inmerso dentro de la pirámide, lo que genera que se cuestione si los Precedentes Administrativos son de carácter vinculante o facultativo, para ello, las Altas Cortes a través de la jurisprudencia (criterio jurídico auxiliar) han establecido que el precedente administrativo no debe verse solamente como un criterio

auxiliar o facultativo dentro del ordenamiento jurídico colombiano, sino que debe acatarse como vinculante.

Es por ello que, a través de la doctrina se define el concepto y aplicación del Precedente Administrativo de la siguiente manera:

“La tesis escéptica encontró abanderados en varios magistrados de la primera Corte Constitucional⁷ y se perfiló como la doctrina determinante, entre otras, en la capital Sentencia C-131 de 19938. Del mismo modo, su espíritu caló en la redacción del artículo 48 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, que reiteró que la parte motiva de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional “constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general”. En la Sentencia C-037 de 1996, sin embargo, la Corte Constitucional modificó la redacción prístina de esta disposición, para atribuir carácter obligatorio general a las interpretaciones que ella misma hace “por vía de autoridad.””
(Bernal Pulido, C., diciembre 2008, Revista Derecho del Estado N° 21).

2.1.2. Concepto del Precedente.

El Precedente en Colombia se entiende como aquellos presupuestos que comprenden y determinan la decisión que se profiere dentro de un caso en particular, asimismo es necesario tener en cuenta que en Colombia se habla de lo que es el Precedente Constitucional y el Precedente Judicial, en donde el primero es aquel implementando dentro de las decisiones que profiere la Corte Constitucional y el segundo es aquel que implementan autoridades que ejercen funciones judiciales y administrativas.

Aunado lo anterior, con relación al Precedente Constitucional, la corporación no ha definido si el Precedente se construye a través de la ratio decidendi o la decisum, si bien, a través de la jurisprudencia, la Corte Constitucional ha tratado de establecer que el precedente puede plantearse a través de la ratio decidendi o la decisum, no existe unificación en cuanto a estos criterios al momento de la respectiva aplicación de lo que es el Precedente Constitucional, en consecuencia encontramos que:

“(…) la Corte Constitucional sostuvo dos posturas: la primera, consistente en afirmar que la ratio decidendi de las sentencias de constitucionalidad es precedente judicial de carácter obligatorio; la segunda, que éste era el único precedente aplicable en Colombia, pues, en tanto “heredera de la tradición jurídica latina”, en el país, la jurisprudencia de los demás tribunales y jueces sólo podría jugar un papel auxiliar o “secundario”.’ (Contreras Calderón, J., julio – diciembre 2021, **El precedente judicial en Colombia: Un análisis desde la teoría del derecho, Volumen 41**).

Por otro lado, con relación al precedente judicial no hay mucho por definir, sin embargo, se conoce como aquel en donde que cualquier autoridad judicial o que cumple funciones judiciales puede proferir; de manera que estas decisiones preferidas a través de las providencias judiciales se deben ceñir a la primacía del ordenamiento jurídico, como quiera que si bien, estos Precedentes judiciales deberán ser de carácter vinculante, no lo podrán ser si alguna norma jerárquicamente superior dispone de lo contrario.

2.1.3. Finalidad del Precedente:

Aunado lo anterior, el Precedente Administrativo tiene como finalidad ser vinculante hacia los diferentes organismos, en donde se establezcan parámetros y se apliquen decisiones dentro de las actuaciones judiciales y actuaciones administrativas, en aras de buscar un mejor servicio y una mejor

aplicación de la administración de justicia, así como de los organismos administrativos. Por lo anterior, se puede deducir que, en cuanto al Precedente Constitucional, este debe siempre actuar en favor de dar cumplimiento a lo establecido por la Constitución Política de Colombia y, por otro lado, el Precedente Judicial debe estar a la vanguardia de lo establecido por la norma y asimismo, debe unificar su criterio, de manera que en casos similares se puedan aplicar las mismas reglas judiciales con miras a lograr reiterar un precedente judicial.

2.2. Precedente Constitucional en Colombia:

Dentro de este subtema se reiterara el concepto que se tiene por Precedente Constitucional en Colombia y sus antecedentes dentro del ordenamiento jurídico colombiano, por otro lado, se establecerá la importancia del Precedente Constitucional con relación a la Corte Constitucional con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución Política de Colombia, así como el papel que toma el Precedente Administrativo en cuanto a la Corte una vez entra en vigencia la Constitución Política de 1991.

2.2.1. Concepto de Precedente Constitucional:

El Precedente Constitucional en Colombia como se indicó en el capítulo anterior, es aquel en donde la Corte Constitucional a través de la Jurisprudencia plantea su postura referente a un caso en particular, misma que cuenta con carácter vinculante, de manera que se entiende que esta adherida al ordenamiento jurídico colombiano. Por otro lado, es importante tener claro que este precedente va ligado ya sea a la ratio decidendi o a la decisum, mismos que van encaminados a que este precedente jurídico contenga un efecto erga omnes; no obstante, la jurisprudencia no dejaba claridad que cuando se creaba un precedente judicial, si a través de la ratio o la decisum, para ellos se estableció que el precedente se genera a través de la ratio, ya que la decisum únicamente era facultativo para aplicar dentro del

ordenamiento jurídico colombiano, esta diferenciación surgía con ocasión a que se entendía que el Precedente era de carácter netamente auxiliar, lo que ocasiono que la Corte Constitucional, definiera que el Precedente Constitucional emanara de la ratio decidendi volviéndolo de esta manera un Precedente Obligatorio, es necesario precisar que en materia constitucional se requiere de una única sentencia para que se genere este Precedente Constitucional, contrario sensu con el Precedente Judicial, en cuanto a este los organismos judiciales deben contar al menos con tres fallos que permitan crear el, precedente como tal. Por lo anterior en cuanto al Precedente Constitucional, encontramos:

“(…) al emplear las expresiones “jurisprudencia”, “providencias” o “pronunciamiento jurisdiccional”, la Corte se refiere indistintamente, al mismo tiempo, a dos fenómenos radicalmente distintos que termina así por confundir –pese a los reiterados llamados de atención hechos por la misma Corte para evitar su confusión–: uno de ellos es la ratio decidendi de las sentencias de los “jueces y tribunales” –la única de la que podría predicarse propiamente el ser “precedente obligatorio”– y el otro es el decisum de las sentencias de control de constitucionalidad” (**Contreras Calderón, J., julio – diciembre 2021, El precedente judicial en Colombia: Un análisis desde la teoría del derecho, Volumen 41**).

2.2.2. Precedente Constitucional en Colombia, con relación a la Corte Constitucional antes de la Constitución Política de 1991:

Con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución de 1991, es claro que no se tenía claridad del carácter vinculante de los Precedentes de la Corte Constitucional, que de hecho fue denominada la Corte de Oro, de manera que de las sentencias que pudieron generar precedentes con relación a derechos y temáticas de relevancia constitucional nunca pudieron ser incluidos dentro del ordenamiento jurídico, sino son aplicados facultativamente teniendo en cuenta que no se tenía unificación

del concepto del Precedente Constitucional. Por lo anterior se tiene el siguiente concepto en cuanto al Precedente Constitucional antes de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991:

“A pesar de esta meridiana filiación del derecho colombiano a los principios del sistema de derecho continental, en los años treinta del siglo XX tuvo lugar un fenómeno particular: la Corte Suprema de Justicia, conformada en aquel entonces por un grupo de egregios juristas, y conocida para la posteridad como la “Corte de Oro”, profirió varias sentencias que introdujeron al sistema jurídico nuevos elementos que no aparecían en las leyes y que provenían sobre todo de la jurisprudencia francesa. Aun cuando estos conceptos no adquirieron un reconocimiento legal, fueron aplicados por los jueces civiles para resolver casos futuros. Mediante sus sentencias de casación, la Corte Suprema de Justicia controló el respeto de esta jurisprudencia por parte de los jueces ordinarios. De este modo, tales sentencias de la Corte de Oro se convirtieron en los primeros precedentes del derecho colombiano. Aún hoy se considera que si un juez no los aplica, falla por fuera del derecho.” **(Bernal Pulido, C., diciembre 2008, Revista Derecho del Estado N° 21).**

2.2.3. Precedente Constitucional en Colombia, con relación a la Corte Constitucional después de la Constitución Política de 1991:

Si bien, como se indicó anteriormente, el Precedente no podía ser denominado como un criterio auxiliar de la justicia, la Corte Constitucional determinó que el Precedente se generaba a través de la jurisprudencia, misma que si obra como criterio auxiliar, de manera que con posterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, mediante el artículo 230 se estableció que el Precedente debe ser de carácter vinculante, debido a que se profería mediante jurisprudencia y este se debe tomar como tal, el artículo establece el carácter vinculante del Precedente Constitucional de la siguiente manera:

“ARTICULO 230°—Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.” (**Constitución Política de Colombia de 1991, artículo 230**).

Por otro lado, con relación al Precedente Constitucional, con posterioridad a la entrada en vigor de la Constitución de 1991 contamos con el siguiente concepto:

“El artículo 230 de la actual Constitución colombiana reiteró la formulación tradicional sobre la fuerza vinculante de la ley y el carácter auxiliar de la jurisprudencia.” (**Bernal Pulido, C., diciembre 2008, Revista Derecho del Estado N° 21**).

2.3. Implementación del Precedente Administrativo:

Dentro del presente subcapítulo definiremos lo correspondiente frente a la implementación del Precedente Administrativo en Colombia a grandes rasgos, asimismo, como se torna el Precedente Administrativo con la entrada en vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – Ley 1437 de 2011 y finalmente la relación que existe entre el Precedente Administrativo y la Declaratoria de Insubsistencia, de manera que fue necesario definir lo correspondiente y muy someramente al concepto de Precedente Administrativo y a la Declaratoria de Insubsistencia, con el fin de que finalmente se delimite el impacto y la correlación que existe entre estos.

2.3.1. Implementación del Precedente Administrativo en Colombia:

El Precedente Administrativo en Colombia como lo hemos indicado anteriormente, tiene su origen con la jurisprudencia, y es a través de ella que se ha logrado su implementación dentro del ordenamiento jurídico colombiano, es necesario precisar que el Precedente Administrativo busca que la administración se pronuncie en situaciones que presentes similitudes a través de los precedentes implementados. Por lo anterior, en cuanto a la implementación del Precedente Administrativo encontramos que : “El concepto del precedente administrativo es una institución jurídica reciente para el ordenamiento normativo colombiano, y su incorporación legal es producto de la jurisprudencia de la Corte Constitucional de la última década, que impulsó al legislador a añadir esta figura por medio de la Ley 1340 de 2009 –Ley de protección de competencia– y la Ley 1437 de 2011 –Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo–.” **(Gamba, R., año 2020El precedente administrativo en Colombia: implicaciones y dificultades, Vol. 22).**

2.3.2. El Precedente Administrativo en Colombia con la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011 – Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo:

El Precedente Administrativo en Colombia, con relación al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011 se encuentra regulado en el artículo 10, en donde básicamente se regula y establece que la administración deberá aplicar uniformemente la norma en situaciones que presenten los mismos presupuestos facticos y jurídicos, es decir, cuando se presenten asuntos sobre los que verse un mismo problema jurídicos o las situaciones sean repetitivas, en consecuencia, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece: “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.’’,
(Ley 1437 de 2011, artículo 10).

Por lo anterior, se puede deducir que con la entrada en vigencia del CPACA – Ley 1437 de 2011, lo que se buscaba era establecer como se debe aplicar el Precedente Administrativo en materia de derecho administrativo y hacia las entidades estatales, sin embargo, es necesario precisar que la norma en mención también busca lo mismo frente al Precedente Judicial,, es decir, como a la luz de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa se logra dar aplicación al Precedente Judicial y unos eventos determinados.

2.3.3. Relación del Precedente Administrativo en Colombia y la Declaratoria de

Insubsistencia:

Tenemos claro que el Precedente Administrativo en Colombia es el mecanismo implementado dentro del ordenamiento jurídico colombiano, por medio del cual se busca que la administración actúe uniformemente frente a situaciones en las que se cuenten con mismos hechos facticos y jurídicos; sin embargo, es necesario definir someramente el concepto de Declaratoria de Insubsistencia, misma que la norma y la doctrina establecen como un mecanismo por medio del cual la administración aparta a uno de sus funcionarios de su cargo, por lo anterior, encontramos que el Consejo de Estado define de la siguiente manera la Declaratoria de Insubsistencia: “La insubsistencia del nombramiento es una figura a la que se recurre cuando la autoridad nominadora lo considera conveniente, en aras del mejoramiento del buen servicio. Sabido es que una medida de tal naturaleza se supone inspirada en razones del buen servicio, fin primordial de la función pública, y que el acto administrativo contentivo de una manifestación de voluntad, como la que se controvierte, goza de la presunción de legalidad, vale decir, que se expidió con sujeción al ordenamiento jurídico vigente, aunque puede ser desvirtuada mediante prueba en contrario”

(Consejo de Estado, Sección Segunda, en sentencia Radicado No. 2002-00188-01 del 19 de enero de 2006. M.P. Tarsicio Cáceres Toro).

Ahora bien, el Precedente Administrativo, con relación a la Declaratoria de Insubsistencia guardan una correlación en función de que la administración ya tiene establecidos su deber funcional respecto de los casos en los que se pretenda realizar la declaratoria de insubsistencia por parte de la administración, asimismo, la dependencia que tienen el Precedente Administrativo, así como el Precedente Judicial en estos casos, como quiera que el primero se aplicara en sede administrativa y frente a los casos en los que se deba dar aplicación al los recursos en sede administrativa, agotando requisitos de procedibilidad en donde la administración deberá actuar uniformemente cuando estos casos presenten mismos hechos facticos y jurídicos.

En cuanto al segundo, su correlación se guarda cuando ante la jurisdicción contenciosa administrativa se demanda dicho acto administrativo, de manera que, el Juez deberá dar aplicación a la norma de manera igualitaria, cuando estos hechos presenten mismas situaciones fácticas y jurídicas, de esta manera deberá ser el respectivo sentido del fallo.

Capítulo Tercero.

3.1. Precedente Administrativo.

Se abordará los fundamentos normativos, fines, posterior, los procedimientos y conceptos, donde será complementada a través del análisis una sentencia del precedente administrativo, así mismo se podrá localizar el papel desempeñado por parte de las altas cortes como el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, respecto a su producción jurisprudencial que permitirá el desarrollo de decisiones en cuanto a insumos de supuestos facticos y jurídicos permitiendo configurar la relación al caso a tratar, en donde se permitirá ver la relevancia de tomar este recurso con la finalidad de generar una descongestión del aparato judicial a través de vía administrativa establecida por el precedente.

El parámetro inicial de la jurisprudencia se concentró en la aplicación de los mandatos constitucionales como se mencionan en el art. 230, cuyo aparte ha de mencionar el condicionamiento del Juez sobre la elaboración de sus providencias.

“La obligación de los jueces sobre el sometimiento que deben tener en cuanto a creación de sus providencias, por lo cual deben estar supeditado al imperio de la ley y siendo estas concordantes en cuanto a los parámetros de la figura de precedentes verticales y horizontales, que en otras palabras quiere decir, que su separación en cuanto a su decisión, corresponda a la existencia de un tópico diferente a dirimir, la aplicación de una interpretación heterogénea para el amparo de los derechos y garantías que reza la constitución y para ello debe de disponer el Juez de la disposición de fuertes argumentos que le permitan sustentar el porqué de su determinación y alejamiento de dichos precedentes.” (Const. P., art. 230, 1991).

Según lo anterior, asienta que las fallos que han tomado los jueces y los establecimientos administrativos, están en el deber de obedecer y cumplir sus decisiones y que salvo en ciertas circunstancias en donde los supuestos facticos y jurídicos no coincidan pueden modificar la orientación o exteriorizar unos motivos para su inaplicación en el caso en estudio, pero que si cumplen con lo factico y jurídico, las entidades administrativas deben dar trámite eficiente y eficaz para salvaguardar los derechos que se le fue lesionado al ciudadano.

Por otro lado, de acuerdo a Santofimio Gamboa y Jaime Orlando en uno de sus apartes de su trabajo menciona que la fuerza de los precedentes administrativos en el sistema jurídico del Derecho Positivo colombiano, manifiesta la contraposición respecto a la relevancia que contiene el precedente administrativo donde inicialmente lo manifiesta como un mecanismo idóneo para salvaguardar los derechos de los ciudadanos que debe estar en concordancia con la ley, constitución, actos administrativos entre otras decisiones que son tomadas por las entidades estatales y/o judiciales que debe prevalecer por encima de las mismas o que simplemente es una herramienta facultativa de complemento, escenarios que se reflejarán en el caso de análisis incorporado en este documento.

“Si el objetivo del precedente administrativo ha de establecerse como una estructura que cuenta con autonomía y que conlleva a efectos jurídicos propios concordantes a un engranaje del sistema o ha de corresponder a un instrumento que solamente ha de usarse como contingencia en cuanto a la normatividad vigente y las actuaciones administrativas” (**Gamboa & Orlando, 2010, p. 9**).

De acuerdo, con el marco normativo y del precedente administrativo se infiere que este corresponde a la facultad de ser incorporada como una fuente cierta del derecho, por medio del cual, los ciudadanos pueden acudir para su aplicación para que les puedan conceder sus pretensiones a los supuestos facticos y jurídicos por vía administrativa, conforme con los pronunciamiento que son los fallos

de las sentencias de unificación del consejo de estado, las actuaciones administrativas que han tomado una decisión de fondo y que deben seguir tomando la misma decisión, siempre y cuando guarden relación directa con los supuestos facticos y jurídicos, cuándo carezca una de las dos, se debe apartar de la línea pero justificándolo, pero adicional a ello, en Colombia aún no existe una postura de las entidades estatales y judiciales sobre la forma idónea de cómo se debe comenzar a exigir el precedente administrativo en su aplicabilidad de forma general, para que puedan salvaguardar los derechos de los administrados y que los casos que sean diferentes a lo factico y jurídico pueda ir a otro medio de control, porque utilizando este mecanismo en Colombia, los despachos judiciales no tendrían que tomar tanta decisión por casos que pueden ser fallados desde la vía administrativa por qué algunos casos guardan relación directa con lo factico y jurídico.

3.1.1. concepto y relación con el precedente administrativo

En Colombia en su ordenamiento jurídico legal y constitucional deben regirse bajo unos principios que se debe garantizar a todas las personas naturales como jurídicas, para el precedente administrativo es un mecanismo poco utilizado por los ciudadanos y entidades públicas, lo que busca el precedente es definir una situación que se ha dirimido en un caso similar donde se ha lesionado un derecho o garantía , pero que debe ir acorde a lo factico como jurídico para que se pueda aplicar en los casos hacia el futuro, es fundamental este mecanismo porque no hay un desgaste judicial sino una vía más eficaz y eficiente en lo administrativo, es por esto que se entiende que la decisión de la entidad estatal se debe condicionar a los supuestos facticos como jurídicos para pronunciarse de fondo de una situación anterior para que así pueda proceder por vía administrativa.

Es una figura que busca satisfacer o reivindicar esos derechos que fueron lesionados por la entidad, que a solicitud de la persona natural o jurídica por medio de un precedente administrativo que

guarde relación en lo factico y jurídico se le pueden conceder la misma decisión adoptada por dicha entidad, ya que no es judicial, sino administrativo así no congestiona el aparato judicial, en Colombia no se aplica este mecanismo en todas las entidades del estado, aún no ha existido una normatividad que sea de obligatorio cumplimiento por parte de todas las autoridades administrativas tanto regional, departamental como nacional que la primera vía gubernativa, que deben utilizar es analizar si dichos casos, se han fallado antes y que guarden relación directa en lo factico como jurídico para descongestionar el aparato judicial y así salvaguardar los derechos a los ciudadanos, como lo regula el art. 104 ley 1395 de 2010, así:

“En este articulado hace mención a la responsabilidad que implica a los establecimientos públicos administrativos sin importar su orden cuya finalidad corresponda al pago de pensiones de jubilación, todo tipo de prestaciones sociales, lo que incumba a salario de los afiliados, trabajadores, escenarios donde se vea comprometido en detrimentos ocasionados por armamento bélico o automotores del establecimiento, conscriptos, entre otros; y cuya circunstancia conlleve a brindar una respuesta a las peticiones elaboradas por el ciudadano, como también la emisión de toda actuación administrativa, se ha de tener en cuenta el precedente administrativo cuyos hechos y aspiraciones puedan aplicar en la identificación de 5 o más casos que materialicen su coincidencia.” **(L. 1395, art. 104, 2010).**

Es por ello que las entidades estatales deben garantizar y salvaguardar los derechos de las personas naturales y jurídicas que conforme con los supuestos facticos y jurídicos se ha fallado anteriormente y que puede tener relación directa en la actualidad con un caso igual, se debe realizar dicho estudio para verificar si cumplen los procedimientos para aplicar el precedente administrativo, para que así los ciudadanos no estén utilizando la vía judicial para que por medio de un fallo judicial se le sea garantizado un derecho que fue lesionado, debido a que la entidad estatal no verifico previamente que era un caso similar y que se podía aplicar dicho precedente, debido que algunos funcionarios públicos no

conocen en primera mano, el proceder de dicha actuación y su aplicación, por ello, se debe realizar capacitaciones en las entidades para que estos casos no se presenten en vía judicial sino que sea aplicado en la vía administrativa.

3.1.2. procedimientos del precedente administrativo

El precedente administrativo en Colombia es un mecanismo que no es utilizado por los ciudadanos y por las entidades estatales, que tienen el deber legal de cumplir los fines del estado conforme con la constitución y legal, pero las entidades no imparten directrices a sus funcionarios públicos de los diferentes regímenes para capacitarse y que pueda ser más utilizado, es un mecanismo que puede llegar hacer idóneo, eficiente y eficaz a los diferentes casos que por sus supuestos facticos y jurídicos que se han fallado con anterioridad, puedan ser aplicados en los diferentes casos que cursan en dichas entidades y que el ciudadano está esperando una decisión positiva o negativa para así poder, iniciar los demás procedimientos para salvaguardar sus derechos ante la administración, por lo cual, se genera énfasis en su conceptualización, donde se trae a colación el siguiente aparte que permite sensibilizar el precedente administrativo:

“La figura del precedente administrativo corresponde a un reciente desarrollo normativo que tuvo origen a través de la evolución de la jurisprudencia elaborada por parte de la C. Constitucional durante el último decenio, dónde empezó a materializarse por parte del legislador en las normas como la L.1340/09 y 1437/11, conllevando a que el precedente administrativo se le fuera asignada a categoría de fuerza vinculante a las determinaciones administrativas si los escenarios tanto fácticos como jurídicos sean iguales, situación que en su praxis ha de generar controversias.”
(Quecán Gamba, 2019).

Por último, las entidades estatales deben garantizar y respetar sus propias decisiones que se hayan tomado con anterioridad en casos similares y que, para la fecha, pueden hacer uso de la misma aplicación para los escenarios facticos y jurídicos de alguna petición de las personas naturales o jurídicas que quieran exigir un derecho por medio del cual, la entidad les ha lesionado, mediante el mecanismo del precedente administrativo, por ello se menciona en el siguiente aparte la relevancia que amerita la observancia del actuar administrativo.

“Se recalca la reiteración de la importancia de la existencia de respeto por parte de las autoridades estatales en cuanto al manejo y control de sus posiciones cuando han dado respuesta a una controversia, con la finalidad de que los actos administrativos conserven su coherencia y permita la aplicación futura del precedente administrativo.” (Quecán Gamba, 2019)

3.1.3. Análisis de la Acción de Tutela N° 545 del 28 de mayo de 2004.

Este caso en mención ante la C. Constitucional Sentencia T-545/04, por el cual el accionante el señor J.A.M.G. CONTRA INVIAS Según lo indica la sentencia T-545/04 emitida por la Corte Constitucional (2004), ya que aduce la parte actora que la parte pasiva lo desvinculo y sin reconocimiento de una indemnización, por otro lado, sin el reconocimiento de la pensión convencional en donde causo un perjuicio a todo su núcleo familiar, ya que era el que generaba ingresos a su núcleo en especial a sus hijos que requerían una especial protección por padecer del ciento por ciento (100%) de discapacidad, al tener retardo mental secundario, aduce que acorde a la interpretación puede acceder a la pensión convencional por cuanto la base de 28 años y 365-366 días de trabajo y 360 días.

Por otro lado, acorde con la Sentencia 545 de Acción de Tutela Instaurada por J.A.M.G. contra el Instituto Nacional de Vías INVIAS, por parte de la parte actora aduce que la parte pasiva hace una errónea interpretación a lo relacionado de la pensión convencional y así:

“La interpretación que realiza la parte accionada al Dec. 2171/92, con relación a los términos y conteo del tiempo para poder acceder a un pensión tradicional en el contexto de los trabajadores oficiales, se ha de tomar a consideración, los días que se laboraron de cada mes que aplique, en cuanto a la concordancia del art. 8 L 153/1887, donde se cita que el trabajador le sea calculado su tiempo de trabajo a 365 días, es por ello que esta apreciación se contrapone a la normatividad convencional con relación al número de exigencia en días y bajo la otra lectura del citado decreto corresponde a la cantidad de 10.080 días de labor con equivalencia a 28 años de 360 días.” (CC, **T-545/04, 2004**).

De lo anterior, la parte actora manifiesta que hay un caso similar que guarda relación directa en los supuestos facticos como jurídicos, por lo cual exige que se aplique un precedente administrativo acorde con su solicitud de la pensión convencional.

De otro lado, M.G. indica que en el presente asunto se presentó una situación que vulnera su derecho a la igualdad, pues en un asunto similar, en el contexto de un procedimiento administrativo de reconocimiento de pensión convencional, al ciudadano R.M.R., trabajador oficial del INVIAS, le fue reconocida dicha prestación tomando como base años laborados de 360 días (en este sentido se requiere para cumplir el requisito de los 28 años completar un total de 10.080 días, que es el resultado de multiplicar 360 días por 28), y no sobre los años de 365 días, según lo prescribe la Ley 153 de 1887.

Por consiguiente, la acción de tutela que impetro la parte actora es procedente, toda vez que son derechos fundamentales que se pretenden salvaguardar a los hijos de especial protección, por otro lado,

era el único sustento para su núcleo familiar y que acorde a una interpretación errónea de la parte pasiva, le están lesionando su derecho para poder acceder a la pensión convencional y por el cual, el único mecanismo que tiene es la acción de tutela para que garanticen los derechos de él y de sus acobijados.

Por último, la C. Constitucional falló a favor de la parte actora para salvaguardar los derechos constitucionales y legales de los menores de edad que son de especial protección y de su núcleo familia, ya que era la única fuente de ingreso para solventar económicamente su familia por el cual la corte accede a las pretensiones de forma transitoria conformé con la decisión de la sentencia T-545_04 emitida por la C. Constitucional.

3.2. Extensión jurisprudencial.

Se abordará la normatividad aplicar ante la extensión de jurisprudencia, sus principios, fines y posterior los conceptos, naturaleza jurídica, procedimientos ante la administración y, por último, analizar una Sentencia del Consejo de Estado 2013-096.

Colombia es un estado social de derecho, por el cual se debe salvaguardar los derechos de las personas en general, debe prevalecer el interés general sobre el particular, por el cual todos los administrados deben tener el conocimiento previo de las normas promulgadas por el presidente de la república ya que son de conocimiento público, debido que existen varios mecanismos en el ordenamiento jurídico, como la extensión de jurisprudencia que es una figura para aquellos casos que son similares tanto en lo factico como jurídico, por otro lado, cuando no pueden aplicar una extensión de jurisprudencia debido que el solicitante no cumple con los requisitos mínimos exigidos por la ley, entonces este deberá utilizar otro medio de control ante lo judicial como es la nulidad y restablecimiento del derecho para que

puedan exigir sus derechos, por último, se hará énfasis a principios, conceptos, fines, procedimiento, casos prácticos entre otros temas a colación.

3.2.1. Extensión de Jurisprudencia:

Colombia es un estado social de derecho por el cual, garantiza los derechos a todos los ciudadanos pero también tienen unos deberes ante la sociedad, por medio del cual, son aquellas conductas que están reguladas en nuestro sistema normativo que cada uno debe tener conocimiento previo, ya que son públicas y por eso debe ser de interés general, por otro lado, se analizará un mecanismo en Colombia que es poco utilizado por todas las entidades estatales y que los ciudadanos no tienen conocimiento previo de esta figura que puede facilitar mucho para acceder a sus derechos por vía administrativa que es más eficiente y eficaz que por medio judicial porque es otro procedimiento a seguir.

Por consiguiente, en el ordenamiento jurídico con la creación de la extensión de jurisprudencia como una herramienta de descongestión judicial, es para garantizar previamente los derechos de los ciudadanos siempre y cuando en lo fáctico y jurídica guarden una relación directa con la sentencia de unificación del consejo de estado, de acuerdo al siguiente aparte normativo:

“Art. 20. Al momento de resolución y la ejecución de medidas para dirimir diferencias que aplique su competencia, la autoridad correspondiente deberá estar en la obligación de aplicar toda disposición constitucional, legal y reglamentaria bajo consonancia y sincronización, acorde del escenario que posea los mismos supuestos fácticos y jurídicos, para ello se debe incorporar las sentencias de unificación del Consejo de Estado.” (L. 1437, art. 10, 2011)

De lo anterior, se debe manifestar que la misma norma del CPACA, que indica dar aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia, por ello, es fundamental para aquellos casos que el consejo de estado ha fallado, se puedan revisar de fondo tanto los supuestos facticos como jurídicos para cotejar el caso y que tengan una relación directa y que se le pueda dar la misma aplicación.

Como se ha dicho, las personas naturales o jurídicas que buscan el reconocimiento de un derecho que se le ha lesionado por parte de una entidad estatal, deberá presentar su solicitud ante la misma y que la acción no haya caducado, por lo cual deben acreditar los supuestos facticos y jurídicos de la sentencia de unificación que van a extender sus efectos.

De lo anterior se menciona que la misma autoridad tiene un lapso de 30 días para que pueda tomar una decisión, si es procedente o niega dicha solicitud presentada por el ciudadano que busca que se le garantice su derecho por el cual fue lesionado, pero que esto con lleva una gran responsabilidad, eficacia, eficiente, legalidad, debido proceso que dicha solicitud debe contener unas razones fundadas con unas pruebas que, con ello, conlleve a una decisión de fondo.

Sin embargo, una vez presentada dicha solicitud ante la entidad estatal, posterior al radicado, la entidad tienen treinta días para dar una respuesta de fondo si es procedente o niega dicha solicitud, pero adicional a ello, el ciudadano tiene otro mecanismo para que no se le siga vulnerando su derecho, ya que en el ordenamiento jurídico cuando una entidad le niega, puede acudir ante el Consejo de Estado con un apoderado judicial para que presente dicha solicitud y con las razones fundadas que tanto los supuestos facticos y jurídicos por medio de la sentencia de unificación que pretenden hacer la extensión, pero que debe realizar unos requisitos previos, como que no ha acudido ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo como lo regula en el siguiente aparte normativo:

“En el caso de que la petición esté fuera de los parámetros o requisitos, esta se inadmite para su debida modificación en un término de 10 días siguientes, si no se efectúa tal procedimiento se aplicará el rechazo de esta solicitud. A su vez esta se rechazará de plano si el administrado se hubiese presentado con anterioridad a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, para el mismo objeto, también que la radicación de la misma haya sido fuera del término, que la sentencia invocada no sea de categoría de unificación o que no reconozca un derecho, mencionando también que se haya ejecutado la caducidad en el medio de control practicado al igual que su prescripción.” (L. 1437, art. 269, 2011)

Sin embargo, en la misma normatividad menciona que una vez sea pertinente dicha solicitud, las partes deberán ser convocados a audiencia de alegatos por el cual se tomara una decisión de fondo en el caso en mención, ya que debe estar el funcionario competente para que este en la audiencia y pueda tomar dicha decisión en el caso en mención y si no asiste tendrá sanciones por su inasistencia en una falta grave. Por otro lado, cuando se aplique la extensión de jurisprudencia y tenga un reconocimiento de un derecho patrimonial, se debe realizar dicha liquidación en la misma audiencia conforme con las pruebas aportadas por la parte y si no cuenta con las suficientes pruebas el fallo será en abstracto, pero si la parte interesada puede presentar un trámite incidental en concordancia con el artículo anteriormente citado.

Por último, la extensión de jurisprudencia es un mecanismo idóneo para que los ciudadanos puedan impetrar ante las autoridades estatales, sus peticiones con la pretensión que se le reconozca o garanticen un derecho que tiene los mismos supuestos facticos y jurídicos en una Sentencia De Unificación Del Consejo De Estado, ya que las mismas son vinculantes en nuestro ordenamiento jurídico y es para descongestionar los juzgados judiciales, para que así los ciudadanos tengan otro figura, en donde puedan exigir sus derechos por vía administrativa y no judicial que puede ser en algunos casos tardío, por ello, debe ir de la mano de los principios constitucionales y legales como el de igualdad, debido proceso,

autotutela, legalidad y de los procedimientos de nuestro ordenamiento jurídico para impetrar dicha solicitud.

3.2.1. Concepto y principios de la Extensión de Jurisprudencia.

Dentro del mandato constitucional se debe destacar que Colombia es un Estado social de derecho que las garantías constitucionales y legales están a favor de la comunidad general y no individual, por lo cual en este aparte se hace mención de la misión y visión que debe tener el Estado para salvaguardar los derechos y fines del estado (**Const. P., art. 2, 1991**), así:

“En el cumplimiento de las finalidades del Estado se ha de citar la relevancia en la protección de garantías y derechos como el servicio al a comunidad, el desarrollo de políticas en la favorabilidad de la prosperidad general, la facultad participativa de todos los asociados en cuanto a las decisiones si estas generaran alguna afectación, en cuanto a los contextos políticos, económicos, administrativos y culturales, dando tránsito a que toca competencia que posea el Estado brinde la protección del ciudadano en su debida integralidad.” (**Const. P., art. 2, 1991**)

Por consiguiente, se debe manifestar que es un mecanismo poco utilizado por las entidades administrativas o judiciales, debido que es una figura que la finalidad sea antes de acudir a lo judicial, debe ser previamente solicitada por la persona que quiera acceder a su derecho vulnerado, ya que en lo factico como jurídico deben ser las mismas situaciones que deben estar en la sentencia que quieren hacer dicha extensión, por lo cual, más que un trámite que contribuye a la descongestión judicial o a reafirmar la teoría de la fuerza vinculante de los precedentes, es una expresión del principio de colaboración armónica entre las ramas ejecutiva y judicial del poder público.

Por otro lado, dentro del mecanismo de la extensión de jurisprudencia también tiene relación con los principios que rigen la materia en mención, por el cual debemos manifestar el concepto de cada una de ellas.

Así mismo como se ha de generar concordancia con lo estipulado en el mandato constitucional respecto al Principio de Igualdad invocado en el siguiente aparte donde se ha de evidenciar el engranaje entre la constitución y la materialización de la norma y que brinda la razón de existencia de la Extensión jurisprudencial

De acuerdo con el principio de igualdad que está regulado tanto en el CPACA como en la Constitución Política de Colombia, es para poder salvaguardar un derecho a todas las personas en igualdad de condiciones, que sus casos sean estudiados conforme a los procedimientos previos que deben realizar, para que sus peticiones que elevan puedan ser admitidas o rechazadas conforme a lo normativo o fáctico que estén relacionados en la sentencia que quieran hacer la extensión.

Como decía, el principio de legalidad es idóneo para salvaguardar el tema normativo tanto legal como constitucional, ante la solicitud para poder acceder a la extensión deben cumplir previamente unos requisitos ya sea una persona jurídica o natural, ante una autoridad administrativa o judicial, para poder evaluar su caso en mención de una sentencia que tenga lo normativo como fáctico, a continuación, daremos el concepto de la agencia jurídica así:

“La disposición que posee el Estado acorde a los mandatos constitucionales del art 29 y 30, realiza el énfasis de que la justicia en representación por parte de los Jueces deberá estar sujeta a que sus decisiones estén bajo el imperio de la ley, sin embargo dentro de los últimos desarrollos jurisprudenciales se ha visto que en el actuar del Estado, la facultad de este ha variado dando

lugar, que para poder garantizar los principios ha sido necesario tener en cuenta la forma sobre cómo se aplica y se le da lectura a la norma, más allá de solo tener presente la promulgación de la norma.’’ (ANDJE, 2017)

De manera concomitante se ha de nombrar la figura del principio de autotutela la cual le permite a las entidades administrativas manifestar que sus actuaciones poseen la presunción de validos y de la misma ser aplicados a los asociados, para que de esta manera se lleve a cabo la tramitación dentro de este escenario entre el ciudadano y el ente administrativo, dando la rigurosidad y la facultad de que la extensión de jurisprudencia se aplique dentro de los parámetros definidos y para ello se ha de mencionar la relevancia de este principio.

3.2.2. Naturaleza Jurídica y procedimiento de la Extensión de Jurisprudencia

La extensión de jurisprudencia tiene como finalidad salvaguardar los derechos de las personas naturales o jurídicas que se les ha vulnerado algún derecho, que por medio de una solicitud directa a la entidad administrativa o judicial con el objetivo que le apliquen los efectos de una sentencia en mención, que tanto en lo jurídico como factico tiene relación, por lo cual su naturaleza jurídica no es judicial, sino que es una petición especial que hace a la entidad para que la puedan revisar de fondo y puedan dar noción si la admiten o la niegan acorde a los parámetros y requisitos previos que se debe cumplir.

De acuerdo con los procedimientos de la extensión de jurisprudencia que se debe tener en cuenta para el proceder de dicha actuación, que están en caminados a salvaguardar los derechos de los accionantes, por lo cual, Según la sentencia No 11001-03-26-000-2013-00096-00(47833). emitida por la Consejo de Estado:

“Bajo los parámetros del Consejo de Estado ha de manifestarse que para la radicación especial de la extensión jurisprudencia, los requisitos no deben ser considerados con la misma rigurosidad de una demanda ordinaria, haciendo la salvedad que debe cumplir con unos mínimos para acreditar el mérito de su uso, pues al no cumplirse con ello ha de conllevar la saturación de carga en el aparato judicial del Consejo de Estado, es por ello que dentro de la citada sentencia se desarrollan una reglas equivalentes a que la solicitud se realice previamente ante la entidad de conocimiento, el texto de la misma debe ser apropiado, debe estar en concordancia la radicación de la misma dentro de los tiempos indicados por el Consejo de Estado, imperativamente la sentencia debe ser de unificación como lo establece el articulado 270 y 271 del CPACA.” (CE,2013)

Por lo anterior, es fundamental para las personas naturales o jurídicas que quieran solicitar la extensión de jurisprudencia, deben hacer la solicitud y debe contener unos requisitos previos que son los generales del derecho de petición, cumplir lo ordenado en la (L. 1437, art.2, inciso 2, 2011)., justificación de la solicitud, pruebas que tenga, sentencia de unificación que haya reconocido un derecho, no caducidad de la acción y lo importante que solo las sentencias del consejo de estado son las únicas que prevalen para esta solicitud ya que las demás son para el precedente judicial, de acuerdo con la (L. 1437, art. 102, 2011). que dice así:

“En concordancia con el citado articulado ha de reiterar la importancia de que las autoridades lleven a cabo la extensión de sentencias de unificación jurisprudencial desarrolladas por el Consejo de Estado, así mismo el reconocimiento del derecho del administrado que lo demande, que los escenarios facticos y jurídicos se encuentren soportados, que el ciudadano radique su solicitud ante la autoridad competente y dentro de los términos, para evitar la materialización de la figura de la caducidad.” (L. 1437, art. 102, 2011).

por último, la extensión de jurisprudencia es un mecanismo idóneo para acceder a dicha extensión, adicional a ello, no es una acción judicial sino más administrativa regulado en el CPACA, para poder impetrar dicha acción, deben cumplir unos requisitos previos, es una medida que busca no saturar el aparato judicial sino es para descongestionar y que pueda tener de manera más eficiente una decisión de fondo al asunto en mención, por lo cual debe ir acorde con los principios constitucionales como legales.

3.2.3. Análisis de la Sentencia del Consejo de estado 2013-096.

Una vez analizado el concepto, los principios y procedimiento para poder solicitar la extensión de jurisprudencial tanto para personas jurídicas como naturales, donde el cual se busca es garantizando un derecho que se les ha vulnerado, que tanto en lo factico como en lo normativo por el cual, la sentencia de unificación debe estar acorde a lo factico y jurídico que quiera impetrar para que puedan acceder o negar a dicha petición, se hace la salvedad que si no cumple con los requisitos previos será negada por la entidad administrativa o judicial, hacemos relación a este caso práctico en mención, por el cual la parte actora SISTEMAS Y COMPUTADORES S.A., CKC NET LTDA., INGOS LTDA., y LINKS S.A., miembros de la Unión Temporal “SERVICIOS DE IMPUESTOS DE CALI -SI CALI- y la parte pasiva MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI, donde solicitan una extensión de jurisprudencia, así:

“Los hechos mencionados dentro de esta sentencia donde se invoca la figura de la extensión de jurisprudencia corresponde a la fecha calendada del 18 07 2013, en la cual los accionantes correspondiente a los miembros de la Unión Temporal Impuestos de cali "-SI CALI", quienes por medio de apoderado judicial y bajo el soporte normativo del art. 269 del Cpaca, radicaron la solicitud de extensión jurisprudencial, aludiendo la providencia de fecha 18 04 2013 por parte de la Sala Plena de la Sección Tercera, en la cual sustentan que a través de fundamentos de hecho, para el día 11 02 2005 se realizó un contrato de prestación de servicios entre el Municipio de

Santiago de Cali y la Unión Temporal de Servicios de Impuestos de Cali, con el objeto de prestar el servicio de modernización y optimización de la gestión tributaria a cargo de esta entidad territorial.” (CE, (2013).

De acuerdo a lo anterior, en este caso de estudio por el cual el accionante manifiesta que accedieran a su solicitud de acuerdo con lo factico como normativo para que le apliquen la extensión, en este caso se hace referencia que dentro de la solicitud es improcedente toda vez que los requisitos no son adecuados, claro está que solo se aplican a las sentencias de unificación y para este caso, se hace mención que no es sentencia de unificación por el cual se hace énfasis a la contestación por parte del municipio de Santiago de Cali en la sentencia de análisis emitida por la Sala Contenciosa Administrativa del Consejo de Estado (2013), así:

“Según en el desarrollo del presente aparte de la Sentencia se invocó el art 614 del C.G.P. para solicitar a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, quien se manifestó que la solicitud de extensión jurisprudencial asociada a la providencia de fecha calendada 13 02 2013 del Consejo de Estado, ha de ser improcedente por el motivo a que no aplica a una sentencia de unificación, asimismo en la existencia de un recurso de reposición no hay manera de requerir la figura de extensión jurisprudencial, de la manera sobre como procedió la parte peticionaria, estableciéndose que cada solicitud posee diferente propósito y gestión.” (CE,(2013).

Por último, acorde con la petición eleva por el accionante el día 30 de mayo de 2013, por el cual no hace referencia precisa de la sentencia de unificación que quiere que le apliquen, tanto en lo factico como jurídico, por el cual dentro de los procedimientos que se requiere previamente debe justificar a cuál sentencia quieren hacer mención de una forma clara y precisa, como lo regula en el (L. 1437, art.102, 2011). extensión de la jurisprudencia del consejo de estado a terceros por parte de las autoridades del

CPACA, ya que, en este caso preciso, se evidencio que dentro de la solicitud por parte del accionante que colocaron un radicado diferente a lo que están requiriendo, dentro de la sentencia No 11001-03-26-000-2013-00096-00(47833). emitida por la Sala Contenciosa Administrativa del Consejo de Estado (2013

3.3. La Extensión de Jurisprudencia con relación a la insubsistencia

La figura de la extensión de jurisprudencia con relación a la declaratoria de insubsistencia a un funcionario público, posterior nos enfocaremos en los procedimientos, conceptos, principios y por último, aplicaremos en un caso práctico de la sentencia No 11001-03-15-000-2019-01437-00. emitida por la Sala Contenciosa Administrativa del Consejo de Estado (2019).

Conforme con lo investigado a la extensión de jurisprudencia con relación de la declaratoria de insubsistencia, debemos manifestar que es una figura muy utilizada en nuestro ordenamiento jurídico, cuando se declaran insubsistentes a funcionarios públicos y los mismos deben acudir ante las vías judiciales para poder exigir sus derechos por el cual se les ha retirado de forma definitiva del servicio, pero adicional ello, existen varios tipos de funcionarios públicos, como lo regula la (Const. P., art. 125, 1991).

De lo anterior, hacemos mención de los empleos que son de carrera administrativa, son aquellos que llegan por medio de la meritocracia que es por medio de un examen y de unas vacantes que tiene las entidades estatales que las ofertan para toda la ciudadanía en la comisión nacional del servicio civil, por medio de un puntaje se les elige a quien tenga la mayor puntuación, adicional a ello, quedara una lista de elegibles que tendrá una duración de dos años para próximas convocatorias en mención.

Por consiguiente, tenemos una dificultad en nuestro ordenamiento jurídico derivado de nuestras dos altas cortes como es de la corte constitucional que siempre tiene una posición garantista, por otro lado, el consejo de estado que es más conservadora, por ello, la declaración de insubsistencia de un funcionario público aún no tiene una dirección o norte a seguir, debido que en cualquier momento se puede tomar una determinación que puede ir en cualquier de las corrientes de las dos altas cortes “choque de trenes”. Para aquellos cargos que no son de carrera administrativa, se regirá por (L. 1069, art.41, 2004), así:

“CAUSALES DE RETIRO DEL SERVICIO. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleo de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos: Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción; (...), PARÁGRAFO 2. 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.” (L. 1069, art.41, 2004).

De lo anterior, la misma norma nos menciona taxativamente que para aquellos cargos de libre nombramiento y remoción es discrecional del nominador y que debe ser mediante acto administrativo no motivado, conforme con el concepto de la función pública (Concepto 139191 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública [FP], Concepto radicado 20206000139191, p. 1 a 6, 2020). así:

“Al respecto, se precisa que los empleados de libre nombramiento y remoción como su nombre lo indica, pueden ser libremente nombrados y removidos en ejercicio del poder discrecional que tiene la Administración para escoger a sus colaboradores, toda vez que ocupan lugares de dirección y/o confianza dentro de la entidad pública razón por la cual, no gozan de las mismas prerrogativas en igualdad de condiciones que para los empleados pertenecientes al régimen de carrera.” (Concepto 139191 de 2020

Departamento Administrativo de la Función Pública [FP], Concepto radicado 20206000139191, p. 1 a 6, 2020).

Por esta razón, debemos manifestar que para los cargos de libre nombramiento y remoción adicional en cualquier momento puede ser retirado de su cargo sin motivación alguna del acto administrativo conformé con el (Dec. 1083, art 2.2.11.1.2, 2015), de la declaratoria de insubsistencia.

En cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario, sin motivar la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el nominador 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.

Con la vigencia de la constitución política de Colombia de 1991, tiene unos fines y una misión que garantizan una igualdad de condiciones a todos, según por su regulación normativo como lo son los empleos por carrera administrativa, libre nombramiento y remoción, trabajadores oficiales en provisionalidad que cada uno de los mismos, tiene un marco normativo diferente y que toca verificar las causales o procedimiento al que procede para prescindir de sus servicios.

La declaratoria de insubsistencia es un mecanismo utilizado en todas las entidades estatales y mas aun, cuando nuevos ciudadanos se posesionan en los nuevos cargos de elección popular, donde son mas utilizados la figura de declarar insubsistente a los funcionarios públicos con dichos actos administrativos que son ilegales y que perjudican a toda la rama judicial, debido que los juzgados queda saturados con muchas demandas por medio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho por medio de la cual,

la pretensión principal es la nulidad de los actos administrativos por medio del cual, lo declararon insubsistente y por otro lado, que lo reintegren a su trabajo y que se le reintegren todos los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir, de lo anterior, las entidades estatales deben tener una mejor defensa técnica y una política de un daño antijurídico que pueda salvaguardar tanto los intereses de la entidad como de los ciudadanos.

De lo anterior, una vez quede en firme la declaratoria de insubsistencia donde no tenga más recurso ni administrativo ni judicial, la persona finaliza su relación laboral definitiva, conlleva que no tendrá un mínimo vital para sustentar su núcleo familiar, debido a que no generara más ingresos y que eso desmejora su estabilidad, por lo cual Colombia es un estado social de derecho en donde debe primar los derechos a la dignidad humana, a la vida, solidaridad, integridad personal, en donde se evidencia que es una afectación gravísima al servidor público con su única fuente de ingreso, pues se lesionan también los derechos de él y de su familia, por el cual debe ser prioridad el principio de igualdad en la modalidad de decisiones de protección especial a personas en situación de necesidad manifiesta.

En tal sentido se puede concluir que la declaración de insubsistencia de la demandante resulta razonable en la medida en que era necesario ajustar los lineamientos y prioridades institucionales con el nombramiento de profesionales con perfiles específicos que le permitiera al ente demandado alcanzar la misión y la visión. Se insiste, el perfil del profesional especializado era eminentemente administrativo, mientras que el Director General necesitaba contar con un asesor que lo apoyara con la misión de la entidad.

Para finalizar la decisión que tomo el consejo de estado acorde con el caso en estudio, por el cual negó las pretensiones de la demanda, toda vez que el consejo de estado verifico el cumplimiento de la entidad que dio cumplimiento con los fines del estado en cuanto al mejoramiento del servicio.

3.3.1. Concepto y relación de la extensión de jurisprudencia con la insubsistencia

El mecanismo de extensión de jurisprudencia que la finalidad es reconocer un derecho a la persona natural o jurídica por el cual, una administración haya lesionado algún derecho a los mismos, que tanto lo factico como jurídico debe tener una relación directa con la sentencia de unificación que hagan mención, por lo cual debe ir acompañado de unos requisitos previos ante la misma entidad, por lo cual es una figura poco utilizada por parte de las entidades estatales o poco conocidas por los ciudadanos, ya que este mecanismo lo que busca es de una forma mas eficiente y eficaz que la entidad pueda reconocer un derecho que se ha lesionado, como lo regula el (L. 1437, art.102, 2011)., así:

“Las autoridades deberán extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Para tal efecto el interesado presentará petición ante la autoridad legalmente competente para reconocer el derecho, siempre que la pretensión judicial no haya caducado. Dicha petición contendrá, además de los requisitos generales, los siguientes: 1. Justificación razonada que evidencie que el peticionario se encuentra en la misma situación de hecho y de derecho en la que se encontraba el demandante al cual se le reconoció el derecho en la sentencia de unificación invocada. 2. Las pruebas que tenga en su poder, enunciando las que reposen en los archivos de la entidad, así como las que haría valer si hubiere necesidad de ir a un proceso. 3. Copia o al menos la referencia de la sentencia de unificación que invoca a su favor. Si se hubiere formulado una petición anterior con el mismo propósito sin haber solicitado la extensión de la jurisprudencia, el interesado deberá indicarlo así, caso en el cual, al resolverse la solicitud de extensión, se entenderá resuelta la primera solicitud.” (L. 1437, art.102, 2011).

De lo anterior, si es un mecanismo administrativo en primer lugar, pero también debemos manifestar que se debe acudir ante el consejo de estado, ya que es el órgano rector en lo administrativo, es desde allí donde la sentencia de unificación es analizada, si tienen el mismo normativo como factico, por el cual quieran hacer en mención para dicha extensión. Por otro lado, la declaratoria de insubsistencia a un funcionario público fue a consecuencia de la evaluación del desempeño del mismo, se debe notificar a la persona competente o responsable del área del talento humano o quien haga sus veces, para el día siguiente la persona idónea debe realizar el acto administrativo motivado por el cual declaran insubsistente al funcionario público, y este tendrá un término de tres días para presentar los recursos de la ley, salvo los que se regula en el numeral 3 del artículo 51 de la ley 909 de 2004, por otro lado, debemos manifestar en que calidad se encuentra el funcionario público que se pretende retirar del cargo, por el cual haremos en mención las causales de retiro que están reguladas en la (L. 909, art.41, 2004).

Tenemos noción de las causales de retiro de un servidor público, en Colombia es común la declaración de insubsistencia, por cuanto a veces el nominador por omisión o acción al desconocimiento de lo normativo, utiliza algunos medios para retirar a un funcionario público de su cargo, ya sea por su afiliación política, identidad sexual, por una condición especial, por su ideología o algunas ocasiones por problemas particulares con el nominador o algunos secretarios de despacho, por eso, se debe dejar constancia el actuar de la entidad si actuó en derecho o no, por eso el mecanismo que tiene el ciudadano por el cual, se le lesiona dicho derecho, puede utilizar el mecanismo de la extensión de jurisprudencia siempre y cuando en una sentencia de unificación por el consejo de estado, tenga relación en lo factico y normativo en su caso en particular, para que puedan acceder a dicha solicitud, pero si no puede, debido que no guarda ninguna relación, tiene otro mecanismo que la ley 1437 de 2011 para acción el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho por el cual tiene, cuatro meses para impetrar las acciones judiciales ante un juez administrativo.

3.3.2. procedimientos de la insubsistencia y concepto de la nulidad y restablecimiento del derecho.

Colombia es un estado social de derecho que debe garantizar los derechos a las personas naturales o jurídicas que están en nuestro ordenamiento constitucional como legal, por ello, existe varios mecanismo y acciones que tienen para impetrar acciones judiciales o administrativas en defensa de sus derechos, por el cual, cuando un funcionario publico es declarado insubsistente el mecanismo que tiene es el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, por el cual, la competencia la tiene el juez administrativo para esbozar por parte de su defensa técnica lo actuado por la entidad estatal, conforme a ley (L. 1437, art.138, 2011) que dice, así:

“Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior.” **(L. 1437, art.138, 2011).**

De lo anterior, la nulidad y restablecimiento del derecho es un medio de control de naturaleza subjetiva, individual, temporal y desistible, a través del cual con las pruebas aportadas por parte del accionante se debe demostrar que se lesione un derecho amparado por nuestra norma jurídica, por el cual se busca que se declare la nulidad de lo actuado por la entidad estatal, por ello tiene cuatro meses siguientes a la publicación del acto administrativo que lo declara insubsistente, como lo regula el (L. 1437, art.138, 2011), así:

“Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del

daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel.” (L. 1437, art.138, 2011).

Como decía, el procedimiento que debe tener en cuenta la persona, para acudir a la jurisdicción administrativa, se debe tener en cuenta que el tiempo máximo es de cuatro meses sino opera la caducidad de la acción judicial, para lo cual hacemos énfasis en la Según la sentencia No 13001-23-31-000-2002-01578-01(17721), emitida por la Sala Contenciosa Administrativa del Consejo de Estado (2012).

Por último, la decisión del consejo de estado acorde con la parte actora, presentaron la acción judicial de manera extemporánea, toda vez que dicho procedimiento había un límite máximo, para poder exigir ante la jurisdicción administrativa la lesión que dicha entidad le ocasiono y en este caso en particular el fallo NEGÓ LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA por que no estaba acorde al procedimiento tácito en la (L. 1437, art.136, 2011), así:

“2. La de restablecimiento del derecho caducará al cabo de cuatro (4) meses, contados a partir del día siguiente al de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto, según el caso. Sin embargo, los actos que reconozcan prestaciones periódicas podrán demandarse en cualquier tiempo por la administración o por los interesados, pero no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe.” (L. 1437, art.136, 2011)

3.3.3. Caso práctico de la Sentencia del Tribunal Administrativo del Choco 2019-1437 ante el Consejo de Estado.

Es muy importante que nuestra legislación y los funcionarios públicos que imparten justicia, deben ser los más idóneos y fehacientes en temas de las fuentes de derecho, relacionado de todas las modificaciones y sus consecuencia al declarar a un funcionario público insubsistente, pasando por encima de la misma ley y vulnerando los derechos que tiene todo ciudadano, como el debido proceso, que los actos administrativos deben ser motivados por el nominador, por mejoramiento del servicio y/o por desconocimiento del precedente jurisprudencial, por lo cual hacemos mención de un caso particular del señor Jadier Alonzo Osorio Palacios, por medio del cual demandó por medio de control de la tutela para que sus derechos fundamentales no se vulneraran por parte del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CHOCÓ Y OTRO, bajo el número del radicado del proceso 11001-03-15-000-2019-01437-00 ante el CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA – SUBSECCION “B” para el año 2019, toda vez que en primera y segunda instancia tanto en el Tribunal Administrativo del Chocó y el Juzgado Segundo Administrativo Oral de Quibdó lo declararon insubsistente por los siguientes supuestos facticos:

El señor Jadier Alonzo Osorio Palacios prestó sus servicios desde el 2 de marzo de 2010 hasta el 9 de febrero de 2015, en la planta de personal del Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Quibdó, lapso en el cual ocupó distintos cargos (citador, escribiente, oficial mayor, secretario, profesional universitario). El 3 de febrero de 2015 el Tribunal Administrativo del Chocó decidió nombrar como Juez Tercero Administrativo de Quibdó al señor Yeferson Romaña Tello, quien tomó posesión de dicho cargo el día 9 del mismo mes y año. Posterior a su posesión, el señor Yeferson Romaña Tello convocó a reunión a los empleados del despacho con el fin de informarles que, en razón a los compromisos adquiridos con algunos magistrados del Tribunal Administrativo del Chocó, la citadora y el profesional universitario debían renunciar a sus cargos. Teniendo en cuenta que los empleados expresaron su negativa ante la renuncia a sus cargos, el titular del despacho procedió a nombrar a otra persona en el cargo de profesional

universitario que venía desempeñando el demandante, es decir, lo declaró insubsistente tácitamente, pues el acto administrativo de nombramiento no expresó las razones por las cuales se tomaba dicha decisión.

Ante dicha situación el accionante presentó queja disciplinaria en el Consejo Seccional de la Judicatura del Chocó, radicada bajo el n.º 2015-0048, cuya primera instancia concluyó con sanción disciplinaria al señor Romaña Tello, por la irregularidad al declarar insubsistente al señor Osorio Palacios. Contra esta decisión se interpuso recurso de apelación, el cual se encuentra actualmente en trámite ante el Consejo Superior de la Judicatura. Según la sentencia No 11001-03-15-000-2019-01437-00, emitida por la Sala Contenciosa Administrativa del Consejo de Estado (2019)

Por lo anterior, del caso en mención del señor Yeferson Romaña Tello en donde se presentó una falsa motivación del acto administrativo y vulnerando así los derechos del demandante tanto constitucionales como legales, por lo cual en la consideración del fallo, se deja constancia que hubo una vulneración y fue tanto así, que en el acto administrativo no tenía sustento legal de la motivación en mención por el cual declaraban insubsistente a dicho funcionario, de acuerdo con la sentencia No 11001-03-15-000-2019-01437-00, emitida por la Sala Contenciosa Administrativa del Consejo de Estado (2019).

Para el Consejo de Estado dicto fallo a favor de la parte demandante, toda vez que se evidencio que la parte pasiva vulnero sus derechos tanto constitucionales como legales, así:

“PRIMERO. AMPARAR los derechos invocados por el señor Jadier Alonzo Osorio Palacios, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO. En consecuencia, DEJAR sin efecto el fallo proferido el 11 de octubre de 2018 por el Tribunal Administrativo del Chocó, al interior del proceso de nulidad y restablecimiento n.º 27001-33-33-002-

2015-00359-00. TERCERO: ORDENAR al Tribunal Administrativo del Chocó que profiera una nueva sentencia en la cual se tengan en cuenta las consideraciones expuestas en esta providencia.” **(Sentencia No 11001-03-15-000-2019-01437-00, emitida por la Sala Contenciosa Administrativa del Consejo de Estado (2019))**

Conclusiones.

Como resultado a la ejecución de la investigación se ha de encontrar que la percepción inicial de la hipótesis en cuanto la Eficacia del Precedente Administrativo con relación a la Extensión Jurisprudencial frente a la declaratoria de insubsistencia de un funcionario público, es caracterizada por su relatividad en cuanto a la materialización e incorporación como mecanismo de resolución de desavenencias generadas en cuanto a la declaración de Insubsistencia de un funcionario público; por la existencia de posturas polarizadas en el uso de este recurso y que a su vez compromete un trabajo de ponderación, para la validación de legitimidad respecto a la discrecionalidad que posee el nominador en cuanto al mejoramiento de la prestación del servicio en contraposición a la vulneración de las garantías constitucionales que están inmersas en el funcionario público al cual se le ha de aplicar la declaratoria de Insubsistencia.

Para concluir, los actos administrativos deben ser motivados, fundamentado y expresar las razones por lo cual se termina la vinculación del servidor público por medio de un acto administrativo de declaratoria de insubsistencia, por el cual en este caso particular, se evidencio que en el contenido de la resolución no se evidencio la motivación y la finalidad por el cual la entidad, declaraba insubsistente al funcionario público y esto conllevo a la vulneración de derechos tanto constitucionales como legales, por el cual tuvo que ejercer los medios de control de nulidad y restablecimiento del derecho, para que por medio de un fallo judicial puedan absolver o condenar a las partes, por consiguiente, en este caso en particular fue a favor de las pretensiones de la parte actora toda vez que la parte pasiva conforme con las pruebas dentro del proceso, vulnero los derechos constitucionales y legales de la parte actora, toda vez que en la resolución nunca se evidencio una motivación y la finalidad.

Referencias Bibliográficas

Angulo, A. M. (2011). La Pensión de Invalidez en Colombia. *La Pensión de Invalidez en Colombia*: Universidad Libre de Colombia.

Francesa, A. C. (1789). Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Francia: Asamblea Nacional Francesa. https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf

Constitución política de Colombia [Const. P.]. (1991). Colombia: Leyer, 2.da ed. Obtenido el 10/03/2022. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Constitución política de Colombia [Const. P.]. (1991). Colombia: Leyer, 2.da ed. Obtenido el 10/03/2022. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Corte Constitucional [C.C.], enero 22, 2004, M.P: M. Cepeda. Sentencia T-025/04. Colombia. Obtenido el 05 marzo de 2022. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>

Corte Constitucional [C.C.], enero 23, 2008, M.P: R. Escobar. Sentencia C-030/08. Colombia. Obtenido el 05 marzo de 2022. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/c-030-08.htm>

Dec. 2374 / 93, noviembre 30, 1993. Ministerio de Educación Nacional. (Colombia). Obtenido el 21 de marzo de 2022. https://www.mineduccion.gov.co/1621/articles-104283_archivo_pdf.pdf

Dec. 2613 / 13, noviembre 20, 2013. Ministerio del Interior. (Colombia). Obtenido el 21 de marzo de 2022. https://www.mininterior.gov.co/sites/default/files/11_Dec._2613_de_2013.pdf

Ley 70 / 93, agosto 27, 1993. Diario Oficial. [D.O.]: 41.013. (Colombia). Obtenido el 21 de marzo de 2022.

<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2006/4404.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2006/4404>

Ley 89 / 90, noviembre 25, 1890. Ministerio de Interior. [OIP]. (Colombia). Obtenido el 21 de marzo de 2022. <https://www.mininterior.gov.co/la-institucion/normatividad/ley-89-de-1890>

Naciones Unidas Derechos humanos. (diciembre, 1965). Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Trabajo presentado en la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX). Colombia.

https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cerd_SP.pdf

Organización de los Estados Americanos. (1994). Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. Trabajo presentado en la Organización de los Estados Americanos Departamento de Derecho Internacional, Belém.

<https://www.oas.org/es/mesecvi/convencion.asp>

Organización de los Estados Americanos. (noviembre, 1969). Convención americana sobre derechos humanos suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos (B-32). Trabajo presentado en la Organización de los Estados Americanos Departamento de Derecho Internacional, Costa Rica. https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

Presidente de la Republica. (2010). Garantía del derecho fundamental a la consulta previa de los grupos étnicos nacionales. Directiva Presidencial no. 1 (p.1–7). Colombia. Recuperado de https://www.mininterior.gov.co/sites/default/files/13_directiva_presidencial_01_de_2010.pdf

Presidente de la Republica. (2013). *Guía para la realización de consulta previa*. Directiva Presidencial no. 10 (p.1–26). Colombia. https://www.mininterior.gov.co/sites/default/files/12_directiva_presidencial_ndeg_10_del_07_de_noviembre_2013_4.pdf

Rodríguez Mesa, R. (2019). *Tratado Sobre Seguridad Social*. Universidad Del Norte. <https://Ugc.Elogim.Com:3107/Es/Ereader/Ugc/122380?Page=64>

Velásquez, M, (2007). *El Sistema Pensional Colombiano*. Señal Editora. Medellín Colombia.

Quecán Gamba, R. (2019). El precedente administrativo en Colombia: Implicaciones y dificultades. Revista Estudios Socio Jurídicos, 22(1), 353-390. Doi: <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.7270>

Ley 1437 / 11, enero 18, 2011. Diario Oficial. [D.O.]: 47.956. (Colombia).). Obtenido el 21 de marzo de 2022.

http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html#3

Castro, López y Peña, D. (2017). La extensión de jurisprudencia como aporte al procedimiento administrativo colombiano. *Revista Verba Iuris*, 12(38), pp. 111-125.

(Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado [ANDJE], Concepto el mecanismo de extensión de jurisprudencia: análisis de su naturaleza, trámite y aplicación, p. 6, 2017)

https://www.defensajuridica.gov.co/gestion/publicaciones-andje/documentos_especializados/Documents/documento_especializado_ext_jurisprudencia_fin_l_elaborado_2017_RPE20_06_revisado_JJG_ACGP_23_06_17.pdf

(Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado [ANDJE], Concepto el mecanismo de extensión de jurisprudencia: análisis de su naturaleza, trámite y aplicación, p. 6 a 10, 2017)

https://www.defensajuridica.gov.co/gestion/publicaciones-andje/documentos_especializados/Documents/documento_especializado_ext_jurisprudencia_fin_l_elaborado_2017_RPE20_06_revisado_JJG_ACGP_23_06_17.pdf

Consejo de Estado [CE], Sala Contenciosa Administrativa, Julio 2, 2020. M. P.: H. Suarez. No 20001-23-39-000-2016-00154-01(2896-17). (Colombia). Obtenido el 2 de marzo de 2022.

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=165326>

Corte Constitucional [CC], mayo 28, 2004. M.P.: Montealegre. Sentencia 545/04.(Colombia). Obtenido el 2 de marzo de 2022. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-545-04.htm>

Consejo de Estado [CE], Sala Contenciosa Administrativa, febrero 8, 2018. M. P.: H. Ibarra. No 250002342000201201507 01(3812-2016). (Colombia). Obtenido el 2 de marzo de 2022

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=86359>

Departamento Administrativo de la Función Pública (DAFP), Concepto radicado: 20216000147781,2021, (Colombia). Retiro Del Servicio. Terminación nombramiento provisional Obtenido el 2 de marzo de 2022. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=163980>

Departamento Administrativo de la Función Pública (DAFP), Concepto radicado: 20206000139191,2020, (Colombia). REFERENCIA: RETIRO DEL SERVICIO – Empleados de Libre Nombramiento y Remoción – retiro empleado de libre nombramiento y remoción en Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica por el COVID-19 RADICACIÓN No. 20202060126892 del 30 de marzo de febrero de 2020. Obtenido el 2 de marzo de 2022.

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=114781>