

RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN DE JURISPRUDENCIA – Procedencia - RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN DE JURISPRUDENCIA – Requisitos

El recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, procede contra las sentencias de única y segunda instancia proferidas por los tribunales administrativos, cuando se alegue que éstas contrarían o se oponen a un fallo de unificación del Consejo de Estado (...) En este sentido, es la ley la que le confiere a esta clase de decisiones judiciales el poder normativo sobre la interpretación de una disposición, soportada en que la sentencia proferida por el Consejo de Estado en condición de órgano de cierre de esta jurisdicción, contiene el sentido más conforme a la Constitución respecto de los posibles análisis que sobre un mismo punto pueden realizar los operadores jurídicos al aplicarla a un caso concreto (...) Este reconocimiento, en razón a que le está atribuido en el ejercicio de sus funciones constitucionales, legales y reglamentarias, la de otorgar el alcance y el entendimiento de una determinada normativa, cuandoquiera que ésta es objeto de interpretación para resolver una controversia que le ha sido sometida a su examen y definición (...) Este recurso es un mecanismo judicial que se rige por el título VI, capítulo II de la Ley 1437 de 2011. En las disposiciones que lo integran se encuentra regulado lo relativo a los: i) fines, ii) procedencia, iii) causal única, iv) legitimación, v) interposición, vi) requisitos, vii) cuantía para recurrir, viii) suspensión de la sentencia recurrida, ix) admisión y trámite y x) efectos de la sentencia, según se lee de los artículos 256 a 267 del referido Código.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá D.C., siete (7) de diciembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00052-00

Actor: ENRIQUE ANTONIO CELIS DURÁN

Demandado: RAFAEL ENRIQUE LIZARAZU MONTOYA (Recurrente)

Asunto: Sentencia que resuelve recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia.

Procede la Sala a pronunciarse sobre el fondo del recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia que promovió el señor RAFAEL ENRIQUE LIZARAZU MONTOYA por intermedio de apoderado judicial, con el propósito que se deje sin efectos la sentencia dictada el 29 de octubre de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, por cuanto alega, desconoce la posición unificada de esta Sección en relación con los nombramientos de personal que realiza el Ministerio de Relaciones Exteriores y el período de alternación, que los rige.

ANTECEDENTES

Proceso en el que se dictó la sentencia objeto del recurso

A este recurso de naturaleza extraordinaria le precedió el trámite del medio de control de nulidad electoral que se adelantó en única instancia en contra del Decreto 0111 del 21 de enero de 2015,

por el cual se nombró en provisionalidad al señor RAFAEL ENRIQUE LIZARAZU MONTOYA en el cargo de Ministro Consejero de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, adscrito a la embajada de Colombia ante el gobierno de Guatemala.

Surtido dicho proceso en única instancia el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, por sentencia del 29 de octubre de 2015[1] accedió a la pretensión de nulidad deprecada.

En dicha providencia el Tribunal como fundamento de su decisión, indicó en relación con el periodo de alternación en la Planta del Ministerio de Relaciones Exteriores, lo siguiente:

"[...] Así, en la forma expresada en los artículos 35, 36, 37 y 38, del Decreto Ley 274 de 2000, los funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores con categoría Diplomática y Consular durante su vinculación al citado Ministerio, deben cumplir su función tanto en la planta Externa como Interna, es decir que siempre se encuentran cumpliendo el principio de alternación, sin que haya posibilidad alguna que rehúsen cumplir de esta manera las funciones de su cargo, al verse expuestos a ser retirado de la carrera y por ende del servicio activo, sin distinción si se trata de planta interna o externa.

Tal conclusión conduce inexorablemente a sostener por parte de esta Sala de decisión, que la disponibilidad para que una persona inscrita en el respectivo escalafón pueda ser nombrada en el cargo para el cual ha concursado y que se encuentra vacante, no es posible jurídicamente hacerla depender de que el funcionario no se encuentre en periodo o lapso de alternancia, puesto que tal hipótesis no es viable a la luz de las normas que regulan el servicio diplomático, en tanto que por virtud del deber legal que acompaña la prestación del servicio diplomático y consular, los funcionarios de tal carrera siempre deben prestar sus servicios alternadamente en planta interna y externa sin que les esté dado que en un momento determinado de su vinculación laboral, se encuentre por fuera del cumplimiento del deber legal de alternación dada las consecuencias que tal inobservancia acarrea para su permanencia en el empleo público, atendiendo que esta fue la forma en que el legislador previó como debían cumplirse las funciones de las distintas categorías de empleos en la carrera diplomática y consular.

En ese sentido, la Sala Mayoritaria de la Subsección "A" **debe apartarse de la postura acogida por la Sección Quinta del Honorable Consejo de Estado cuando en sentencia reciente del 30 de enero de 2014**, proferida dentro del radicado 250002341000201300227 01 C.P. Dra. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, en un asunto similar al que ahora se debate, luego de citar in extenso las normas en las que igual esta Colegiatura se apoya, sostuvo que "para **la provisión de empleos con funcionarios de carrera, tanto en la planta interna como externa, está sujeta al periodo de alternación**. Es decir que no solamente es necesario que exista personal escalafonado en el cargo cuya vacancia habrá de llenarse, **sino que el mismo tenga disponibilidad, en la medida en que su adscripción a una de las dos plantas de servidores con que cuenta la cancillería, en cumplimiento de la alternación no se encuentre en curso, es decir que se haya terminado su periodo de alternancia para poder ser nombrado**".

Tal presupuesto en criterio de esta Sala, no es posible oponerlo para la provisión de cargos de carrera que se encuentren vacantes, puesto que se reitera, siempre los servidores públicos inscritos en escalafón de carrera diplomática y consular, estarán en ejercicio de sus funciones cumpliendo las mismas en periodos sucesivos y permanentes de alternancia como forma de cumplirlas, y por ello, sostiene la Sala se concibe un servidor inscrito y clasificado en la carrera diplomática en la categoría de que se trate que se encuentre en servicio activo, por fuera de las

frecuencias de los períodos o de lapsos de alternancia, bien sea que se encuentre cumpliéndola en comisión hacia arriba o hacia abajo (que los artículos 46 a 59 permiten) o en cualquier otra modalidad de situación administrativa, en tanto el legislador en su capacidad de libre configuración, la impuso como obligatoria para quienes presten su concurso personal en el servicio diplomático y consular; y en esta medida, pretender que un funcionario de esta carrera no se encuentre en alternancia y de allí su disponibilidad para ser nombrado en el cargo para el que concursó, sería una condición de imposible cumplimiento (esto es, no es alternancia y en razón de ello no estar disponible) por ser contraria a lo que ha previsto la Ley como obligatoria."

Teniendo en consideración esta decisión, el recurrente de este medio de reclamo de naturaleza extraordinario ejerció el recurso de unificación de jurisprudencia, por cuanto considera, que en este caso, el juez de primera instancia dejó de aplicar una posición unificada por el órgano de cierre respecto de la interpretación otorgada al principio de alternación que rige la carrera diplomática y consular.

En esa medida, corresponde al decidir este recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, y bajo el entendido que el propósito es el de asegurar la unidad de interpretación del derecho, su aplicación uniforme y la garantía de los derechos que le asisten a las partes, establecer si hay lugar a acceder a las siguientes pretensiones que fueron invocadas:

"Unificar la jurisprudencia en relación con la figura de la designación en provisionalidad en el régimen de la Carrera Diplomática y Consular, conforme al precedente consolidado que ha constituido la jurisprudencia del mismo Consejo de Estado.

Ordenar, con el propósito de garantizar el derecho a la igualdad de mi representado, que la sentencia, objeto del recurso, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca quede sin efectos.

Como consecuencia de lo anterior, se declare no desvirtuada la presunción de legalidad que cobija al Decreto N° 0111 del 21 de enero de 2015, por el cual se nombró provisionalmente al señor Rafael Enrique Lizarazu Montoya en el cargo de Ministro Consejero, código 1014, grado 13 de la Planta Global del Ministerio de Relaciones Exteriores adscrito a la Embajada de Colombia ante el gobierno de Guatemala.

Se ordene al Ministerio de Relaciones Exteriores, con el propósito de reparar los agravios inferidos a mi representado, adelantar todas las gestiones necesarias y pertinentes para restablecer los derechos de Rafael Lizarazu."

Trámite del recurso

Corresponde en este caso informar de las etapas que se surtieron y la intervención de cada una de las partes que acudieron a participar en este procedimiento de naturaleza extraordinaria, así:

Por auto del 16 de agosto de 2016, la conductora de este procedimiento, admitió el recurso extraordinario de unificación que fue remitido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, en razón a que encontró que se encontraban cumplidos los requisitos de que trata el artículo 262 del CPACA.

Ordenó al Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Primera, Subsección A, que debía pronunciarse respecto de la solicitud de suspensión de los efectos de la sentencia objeto del recurso extraordinario, habida cuenta que esta petición y la determinación sobre si el recurso fue

oportuno, son cuestiones que se encuentran a su cargo y, por lo mismo, deben ser resueltos por la autoridad judicial que profirió la decisión que es objeto de cuestionamiento.

Al admitirse el recurso se le otorgó a las demás partes que intervinieron en el proceso ordinario, esto es, al ciudadano Antonio Celis Durán y al Ministerio de Relaciones Exteriores, que en el término que contempla el artículo 266 del CPACA presentaran sus comentarios. De igual manera, se ordenó la notificación al representante del Ministerio Público.

Por auto del 21 de septiembre de 2016, se tuvo por oportuna la intervención del Ministerio de Relaciones Exteriores quien acudió por intermedio de apoderado judicial a pronunciarse respecto de este recurso.

No ocurrió lo mismo con la intervención del actor en el proceso de nulidad electoral, quien acudió cuando ya había vencido el término de traslado que le fue concedido para tal efecto.

El Ministerio Público dentro de la oportunidad legal fijada no se hizo parte en esta actuación.

De otro lado, en la citada providencia el Despacho conductor del trámite decidió no citar a la audiencia de que trata el artículo 266 del CPACA, en tanto estimó que convocarla resultaba innecesario, por cuanto a las partes se les había concedido la oportunidad para que se pronunciaran y de esta manera, dar a conocer sus comentarios frente a la procedencia del recurso extraordinario.

En este auto también se requirió al Tribunal Administrativo de Cundinamarca para que informara y remitiera el trámite que tenía a su cargo conforme a la orden comunicada mediante el oficio N° 2016 - 0701, la que fue respondida mediante el escrito visible al folio 573 del expediente.

Intervenciones

Ministerio de Relaciones Exteriores

El apoderado de esta entidad dijo que su intervención tiene el propósito de que se asegure la interpretación del derecho y su aplicación uniforme en el caso concreto[2], motivo por el cual, pide anular la sentencia del 29 de octubre de 2015, objeto de este recurso.

Antes de exponer las razones en que fundó su postura frente a este recurso, precisó en relación con el cumplimiento de la sentencia recurrida, que una vez le fue notificada la decisión allí adoptada procedió a tomar las medidas del caso, concernientes con el retiro del señor LIZARAZUMONTOYA, el cual le fue comunicado en debida forma mediante el memorando N° I-GAPT-16001061 del 13 de enero de 2016.

Consideró que en la sentencia recurrida existió una indebida interpretación del artículo 60 del Decreto - Ley 274 de 2000 "Por el cual se regula el Servicio Exterior de la República y la Carrera Diplomática Consular", específicamente, en lo que corresponde a las instituciones de alternación, ascenso y a los requisitos que se deben cumplir para acceder a una u otra.

Refirió que el pronunciarse sobre el particular garantiza la seguridad jurídica, la coherencia y la consistencia de los criterios de interpretación que le dan a conocer a los usuarios, la confianza de que las actuaciones y decisiones judiciales son razonables y uniformes y, que son adoptadas en respeto de los parámetros fijados por la autoridad judicial.

Dijo que en la decisión bajo examen se estableció un requisito adicional para el ascenso de personal, en tanto se supeditó a la alternación como requisito esencial para el ascenso, cuando lo cierto es que estas dos figuras tienen procedimientos, condiciones propias y objetivos definidos, pues si una persona ha ascendido en el escalafón, ello no significa que ha cumplido los períodos de alternación.

Refirió que el ascenso es una promoción a la categoría superior inmediatamente siguiente dentro del escalafón, el cual está sometido a los requisitos preestablecidos por el artículo 26 de la Ley 274 de 2000.

En esa medida, y al no contemplarse la alternación como requisito para el ascenso, como "desacertadamente lo infiere el Tribunal a quo en su sentencia", es equivocado equipararlas porque no van ligadas sistemáticamente para generar un derecho en cabeza de una persona inscrita en el escalafón de carrera diplomática y consular relacionada con el ascenso.

Por su parte, aludió a que la alternación es una de las instituciones exclusivas del sistema de carrera consular. Que en este régimen se descartó el nombramiento en encargo con el fin de cumplir los lapsos de alternación, los cuales conciernen a la prestación de funciones en el país o en el servicio exterior, en el que pueden ser nombrados en un cargo correspondiente a la categoría de su escalafón o a un cargo superior o inferior en el mismo, pero que de ninguna manera otorgan un derecho adquirido en favor del personal, respecto de ser nombrado en una categoría superior a su escalafón.

Luego de transcribir los artículos 35, 36, 37, 38, 39 y 40 del Decreto 274 de 2000 y también mencionar aquello que sobre el principio de la alternación refirió la Corte Constitucional en la sentencia C-616 de 1996, consideró que la alternación no es un requisito para el ascenso sino un principio en el régimen de carrera diplomática y consular, cuyo fin es que el funcionario preste de manera alternada sus servicios (exterior y en el país).

Bajo estos presupuestos, afirmó que el "funcionario que se encuentre en período de alternación debe cumplir a cabalidad con los lapsos de las mismas", en los términos del artículo 37 del Decreto ley 274 de 2000, norma que se declaró exequible y en relación con la cual, se consideró que los funcionarios pertenecientes a la carrera diplomática y consular pueden ser autorizados para desempeñar comisiones para situaciones especiales en el país y en el exterior, correspondientes a categorías superiores o inferiores a aquellas pertenecientes al escalafón del funcionario, con la conservación de la asignación básica correspondiente a su escalafón.

Cuestionó el que la providencia recurrida dejó de aplicar la ley porque consideró que del hecho de existir personas inscritas en el escalafón de carrera diplomática en la categoría de estudio, **surgía en su titularidad el derecho**, sin precaver la situación administrativa de cada una de las personas, en tanto que lo cuestionado era el acto de nombramiento pero no las situaciones administrativas de otros servidores.

Así, enumeró diversos pronunciamientos de esta Corporación en los que se concluyó:

La regla general para acceder a los cargos de carrera diplomática y consular se funda en el mérito, pero se reconoce la posibilidad de que puedan ocuparse por personas ajenas a dicha carrera.

Los nombramientos se sujetan a que los funcionarios se encuentren en período de alternación, motivo por el cual ante la vacancia el personal debe tener "disponibilidad", esto es, que haya

terminado su período de alternación para que pueda ser nombrado.

De la solicitud de suspensión de la sentencia

En relación con esta petición, remitida al Tribunal Administrativo de Cundinamarca por el Despacho conductor para que se pronunciara sobre la misma, se puede acotar que se informó lo siguiente: i) por auto del 25 de agosto de 2016, se ordenó prestar caución al recurrente, ii) acompañada por el recurrente la póliza de garantía, la Sala por providencia del 15 de septiembre de 2016 decretó la suspensión de la sentencia, iii) tal decisión fue objeto de aclaración por el Ministerio de Relaciones Exteriores y, iv) por auto del 28 de septiembre de 2016 se resolvió la solicitud de aclaración, en el sentido de negarla.

El auto del 15 de septiembre de 2016[3] que decretó la suspensión de la sentencia, se fundó básicamente en que la caución fue prestada oportunamente y que ello era suficiente para decretar la inmediata suspensión de la sentencia.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Competencia

El recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, procede contra las sentencias de única y segunda instancia proferidas por los tribunales administrativos, cuando se alegue que éstas contrarían o se oponen a un fallo de unificación del Consejo de Estado.

La decisión sobre la prosperidad del presente recurso le corresponde asumirla a la Sección de esta Corporación a la que por especialidad le está asignada el conocimiento del medio de control donde se profirió la decisión cuestionada.

Así, atendiendo al reparto de competencias de las secciones que integran la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en los términos del artículo 259 de la Ley 1437 de 2011 y el Reglamento de la Corporación, le corresponde a la Sección Quinta resolver sobre la admisión y definición de este recurso extraordinario contra una sentencia dictada en ejercicio del medio de control de nulidad electoral[4], proferida en única instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A.

Generalidades del recurso extraordinario de Unificación de Jurisprudencia

2.1. Antecedentes legislativos

En primer lugar debe destacarse que el proyecto que antecedió a la Ley 1437 de 2011, contempló como aspecto de vital importancia y sustento de la reforma de la jurisdicción contenciosa administrativa en la exposición de motivos, la necesidad de implementar mecanismos[5] para lograr y garantizar la unificación jurisprudencial.

Y fue bajo esta connotación, que se concibió el recurso de unificación como un instrumento idóneo, de naturaleza judicial, cuyo fin es el otorgar prevalencia dentro del ordenamiento jurídico a las decisiones proferidas por el Consejo de Estado.

2.2. De la decisión judicial de unificación

En este sentido, es la ley la que le confiere a esta clase de decisiones judiciales el poder normativo sobre la interpretación de una disposición, soportada en que la sentencia proferida por

el Consejo de Estado en condición de órgano de cierre de esta jurisdicción, contiene el sentido más conforme a la Constitución respecto de los posibles análisis que sobre un mismo punto pueden realizar los operadores jurídicos al aplicarla a un caso concreto.

Este reconocimiento, en razón a que le está atribuido en el ejercicio de sus funciones constitucionales, legales y reglamentarias, la de otorgar el alcance y el entendimiento de una determinada normativa, cuandoquiera que ésta es objeto de interpretación para resolver una controversia que le ha sido sometida a su examen y definición.

Esta nueva concepción sobre la estructura normativa, que acoge el sentido otorgado de las decisiones judiciales reconoce el papel preponderante y de efecto vinculante que los pronunciamientos del juez contencioso en su condición de órgano de cierre, tienen en la actividad judicial, cuando quiera que con ellos se delimita y se privilegia el marco de interpretación de la ley, respecto de otros entendimientos.

Con tal proceder se favorece la realización de los fines estatales a cargo de las instituciones que conforman el Estado social de derecho, en específico y, en lo que concierne a la rama judicial, la efectividad de la justicia.

Así las cosas, cuando la jurisdicción de lo contencioso administrativo, resuelve las controversias surgidas en las relaciones del Estado con los ciudadanos, su actuar y el del resto de operadores que la integran, necesariamente debe estar enmarcado en la garantía del principio de seguridad jurídica que propugna porque haya identidad de interpretación cuando se hacen pronunciamientos frente a un mismo tema, y ésta se orienta en observancia de la interpretación que realiza el juez de cierre de la jurisdicción.

La prevalencia de la decisión judicial que eleva a categoría normativa la interpretación judicial no implica abandonar la prevalencia del imperio de la ley como fuente principal a la que están sometidos los jueces en sus decisiones, conforme el artículo 230 Superior, sino darle el entendimiento que en ella también confluyen las decisiones judiciales que tienen poder vinculante en tanto constituyen la interpretación de la ley formalmente considerada. Representa un reconocimiento necesario y oportuno sobre la actividad judicial en cabeza de las altas cortes, cuando en sus decisiones de unificación fija parámetros de interpretación, y con ello, efectos vinculantes frente a los demás operadores jurídicos.

Estas decisiones tienen ese nivel de preponderancia que impone su observancia forzosa y aplicación para el resto de los jueces que integran la jurisdicción, porque su análisis, representa el entendimiento más conforme de una norma y, en esa medida, debe privilegiarse e imponerse respecto de los demás posibles que puedan deducirse por los interpretes de la ley.

Es precisamente con fundamento en estos atributos que el legislador le reconoció a la decisión judicial proferida por los órganos de cierre las características de permanencia, identidad y carácter vinculante.

Así, la interpretación contenida en una decisión de tales características, resulta de observancia general para el resto de los operadores judiciales cuando la regla allí contenida resulte aplicable para resolver idénticos asuntos con similares características a las contempladas en sus decisiones.

Bajo estos precisos términos, la Corte Constitucional en la sentencia que analizó la constitucionalidad del artículo 10 (parcial) de la Ley 1437 de 2011 "por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo", señaló:

"[...] 11. **El reconocimiento de la jurisprudencia como fuente formal de derecho**, opción adoptada por el legislador en la norma demandada, se funda en una postura teórica del Derecho que parte de considerar que los textos normativos, bien sea constitucionales, legales o reglamentarios, carecen de un único sentido, obvio o evidente, sino que solo dan lugar a reglas o disposiciones normativas, estas sí dotadas de significado concreto, previo un proceso de interpretación del precepto.[7] **Esta interpretación, cuando es realizada por autoridades investidas de facultades constitucionales de unificación de jurisprudencia, como sucede con las altas cortes de justicia, adquiere carácter vinculante.**"

En estos términos, debe concluirse que las decisiones judiciales de unificación, integran por disposición legal, un parámetro de obligatorio acatamiento, vigentes en nuestro ordenamiento jurídico. Tales decisiones, son aquellas que contienen las características de decisión de unificación y que por lo mismo, fijan reglas de interpretación sobre puntos de discusión del derecho, que las hace de vinculante observancia, tanto para las autoridades de carácter administrativo, como para los operadores judiciales.

Con este propósito, la Ley 1437 de 2011, señaló diversos mecanismos que se encuentran contenidos en los artículos 10, 102, 256 y 269 cuyo objeto, en su generalidad, es crear medios de defensa (administrativo o judicial) para que el ciudadano, dependiendo la actuación que cuestione, solicite la aplicación de las decisiones proferidas por el Consejo de Estado, cuando en su actuar, se inviste de esa condición de juez de unificación, la que le está dada por ser órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa.

Requisitos y parámetros del recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia

Este recurso es un mecanismo judicial que se rige por el título VI, capítulo II de la Ley 1437 de 2011. En las disposiciones que lo integran se encuentra regulado lo relativo a los: i) fines, ii) procedencia, iii) causal única, iv) legitimación, v) interposición, vi) requisitos, vii) cuantía para recurrir, viii) suspensión de la sentencia recurrida, ix) admisión y trámite y x) efectos de la sentencia, según se lee de los artículos 256 a 267 del referido Código.

Es un procedimiento de carácter extraordinario que se regula por unas específicas y especiales reglas de procedencia y de oportunidad. Este recurso se debe interponer en sede judicial ante el operador jurídico que profirió la decisión cuestionada y para ello se fijó un término oportuno de cinco (5) días después de su ejecutoria.

Tal plazo garantiza que la interposición del recurso se surta de manera concomitante con la notificación de la decisión que se cuestiona, pues de esta forma se minimizan los efectos nocivos que puede generar el cumplimiento del fallo que se reputa contrario a una sentencia de unificación.

El limitado plazo que se contempla para su ejercicio guarda correlación con la autorización legislativa de solicitar la suspensión de la providencia cuestionada, previo otorgamiento de una caución en aquellos procesos en los que se estime necesaria, dada su naturaleza, y a efectos de cubrir los perjuicios o daños que puedan causarse por la suspensión de la decisión judicial en cuestión.

La presentación y ejercicio del recurso, presupone que quien lo ejercita, ha actuado como parte en el trámite procesal en el que se dictó la providencia, pues la legitimación de este mecanismo extraordinario, recae únicamente en ellos, conforme lo dispone el artículo 260 del CPACA.

Otro requisito a considerarse es que debe probarse si el proceso tuvo dos instancias, que el recurrente apeló o adhirió a la apelación, y formuló como planteamiento de censura dicho desconocimiento, bajo el entendido que la decisión objeto del recurso resulte ser confirmatoria de la dictada en primera instancia.

Este requisito procesal constituye un control de subsidiariedad del recurso, en tanto exige que la alegación del desconocimiento de una sentencia de unificación se invoque en el trámite ordinario, esto es, a través de la interposición de los recursos de ley que debe plantearse, so pena de declararse improcedente en los términos del parágrafo del artículo 260 del CPACA.

El recurso está restringido al examen de las sentencias que en segunda o única instancia dicten los tribunales, pues con tales decisiones se agota el proceso judicial ordinario, cuando no es sometido a conocimiento del Consejo de Estado.

De manera que solo procede contra dichas sentencias cuando se invoque que la misma contraría o se opone a una sentencia de unificación de esta Corporación, es decir, su ejercicio está limitado y restringido a una única causal.

Del concepto e identificación de la sentencia de unificación

4.1. Aspectos preliminares

La determinación sobre la categoría de sentencia de unificación es el punto de partida para establecer si el recurso que aquí es objeto de análisis, recae sobre una decisión que tiene ese carácter vinculante.

Es decir, que será necesario determinar si el reproche deviene de la inobservancia que el operador judicial en la decisión cuestionada realizó al resolver un caso, soslayando una posición de características de unificación, emitida por el Consejo de Estado.

Ello por cuanto el propósito y el fin de este recurso de carácter extraordinario es el de "asegurar la unidad de la interpretación del derecho, su aplicación uniforme y garantizar los derechos de las partes y de los terceros que resulten perjudicados con la providencia recurrida"[9].

Bajo este contexto, es necesario establecer de qué modo debe acreditarse que la alegada sentencia es de unificación jurisprudencial y las razones que debe invocar quien esgrime esta causal como sustento de su alegación.

Para encontrar claridad sobre la condición que se debe predicar de la sentencia a que se alude en esta clase de recurso de naturaleza extraordinaria, es preciso analizar las normas correspondientes y el pronunciamiento que sobre una de ellas realizó la Corte Constitucional, así:

"ARTÍCULO 257. PROCEDENCIA. El recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia procede **contra las sentencias dictadas en única y segunda instancia por los tribunales administrativos**. Tratándose de sentencias de contenido patrimonial o económico, el recurso procederá siempre que la cuantía de la condena o, en su defecto, de las pretensiones de la demanda, sea igual o exceda los siguientes montos vigentes al momento de la interposición del recurso:

[...]

ARTÍCULO 258. CAUSAL. Habrá lugar al recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia **cuando la sentencia impugnada contraríe o se oponga a una sentencia de unificación del Consejo de Estado.**

[...]

ARTÍCULO 262. REQUISITOS DEL RECURSO. El recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia **deberá contener:**

1. La designación de las partes.
2. La indicación de la providencia impugnada.
3. La relación concreta, breve y sucinta de los hechos en litigio.
4. **La indicación precisa de la sentencia de unificación jurisprudencial que se estima contrariada y las razones que le sirven de fundamento."**

La Corte Constitucional en la sentencia C-179 de 2016, que analizó la constitucionalidad del transcrito artículo 257, asumió las siguientes conclusiones en relación con la procedencia de este recurso y las decisiones que podrían ser objeto del mismo:

Dijo que en las providencias los jueces están sometidos al imperio de la ley; sin embargo, esta regla no promueve en sí misma una aplicación mecánica de la norma, pues está visto que debido al permanente ejercicio de interpretación del ordenamiento jurídico que conlleva la determinación de la regla de derecho aplicable y los efectos que de ella se pueden derivar, la función del operador judicial avanzó en la creación e integración del derecho, otorgándole a los textos previstos en la Constitución y en la ley, un significado coherente, concreto y útil.

Indicó que precisamente y debido a que en el ejercicio de esa función judicial se presenten problemas de interpretación normativa, ocasionados a la multiplicidad de operadores jurídicos y a los diversos entendimientos que por esta razón surgen; sumado a la ambigüedad y a la vaguedad de algunas disposiciones que deben interpretarse.

Fue este panorama el que imploró la necesidad de que los órganos de cierre de las distintas jurisdicciones, en cumplimiento de la función de unificación jurisprudencial, profirieran las decisiones con este carácter, a efectos de agrupar la interpretación válida a aplicarse, cuando los asuntos merecen de su intervención bajo esta óptica, potestad que cumplen en ejercicio de sus competencias constitucionales.

Según los artículos 86, 235, 237 y 241 de la Constitución Política, esta función se implementó para brindar a la sociedad: i) cierto nivel de certeza respecto de los comportamientos aceptados dentro de la comunidad y ii) garantizar que las decisiones que se adopten por la administración de justicia y, en general, por todas las autoridades públicas, se funden en una interpretación uniforme y consistente del ordenamiento jurídico.

Basada en estas funciones, la Corte reiteró en esta sentencia, que la unificación jurisprudencial la cumplen en sus diferentes especialidades y en su condición de órganos de cierre: (i) la Corte Constitucional en materia de derechos fundamentales y de examen de validez constitucional de las reformas a la Carta como de las normas con fuerza de ley (C.P. arts. 86 y 241); (ii) el Consejo

de Estado en relación con su rol de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo (C.P. arts. 236 y 237); y (iii) la Corte Suprema de Justicia en su calidad de tribunal de casación y máxima autoridad de la jurisdicción ordinaria (C.P. art. 235).

En esta misma línea aclaró, con apoyo en la sentencia C-104 de 1993, que la garantía para alcanzar la unidad del ordenamiento jurídico y evitar el caos, la inestabilidad y garantizar la integración jurídica en el funcionamiento del sistema jurídico jerárquico, obliga a promover "el establecimiento de mecanismos que permitan conferirle **uniformidad a la jurisprudencia**".

4.2. Identificación de las sentencias de unificación

Es propósito de este acápite establecer en qué eventos se puede considerar que estamos en presencia de una sentencia de unificación.

De acuerdo con el artículo 270 del CPACA, son características y elementos que permiten identificar que una sentencia judicial tiene el carácter de unificación en la jurisdicción, las siguientes:

- i) Que haya sido dictada por el órgano de cierre. Esta condición por cuanto solo el Consejo de Estado, bien a través de su Sala Plena, sus salas especiales o sus Secciones[10], en la materia que tiene a su cargo según el reglamento, actúa como ente unificador de la jurisprudencia[11] en la jurisdicción de lo contencioso administrativo; y
- ii) Que se profiera con la finalidad de unificación, esto es, que se hubiere dictado respecto de un tema no pacífico, o cuando se considere necesario asumir una postura orientadora. Con tal fin las razones que se pueden invocar son: 1) importancia jurídica, 2) trascendencia económica o social o 3) por la necesidad de sentar jurisprudencia. También se integran como sentencias de unificación de jurisprudencia, las providencias que se dicten al decidir los recursos extraordinarios y aquellas que decidan el mecanismo eventual de revisión.

De esta manera, es necesario, en atención al rigorismo y a la relevancia de esta clase de providencias, que cuando se apele a esta categoría, se demuestre que la sentencia abarca estos dos elementos que la identifican, pues precisamente de que confluyan estas características es que deviene la fuerza vinculante de carácter obligatorio frente al resto de operadores judiciales.

Atendido a estos dos elementos esenciales se pasa a examinar si la sentencia invocada como de unificación en este trámite tiene tal carácter o no.

4.3. De la sentencia que es objeto del recurso de unificación de jurisprudencia

Debe decirse, tal como lo refieren las partes intervinientes en este recurso extraordinario que en relación con la materia que se debatió en la sentencia cuestionada se han proferido varios fallos, dictados en diferentes procesos, tramitados tanto en única, como en segunda instancia.

En tales pronunciamientos se ha reiterado de modo idéntico las conclusiones frente a las reglas previstas en torno al examen de legalidad de los actos de nombramiento que el Ministerio de Relaciones Exteriores expidió al proveer cargos en provisionalidad con personal ajeno a la carrera diplomática y consular, por no encontrar candidatos que cumplieran con las condiciones de disponibilidad para su ejercicio, en observancia del principio de alternatividad que rige este régimen laboral especial.

Sin embargo, ninguna de ellas se dictó con el propósito de darle el alcance de una sentencia de

unificación, pues en primer lugar la Sala no encontró que existiera alguna de las situaciones a que atrás se aludió, y en segundo término, tampoco se dictaron al resolver un recurso extraordinario o el de revisión eventual, caso en los que lo allí decidido, tiene efectos de unificación como lo reconoce el artículo 270 del CPACA.

El identificar la sentencia de unificación deriva en el efecto principal de reclamar que su interpretación tenga efectos vinculantes, así lo explica la Corte Constitucional en la sentencia C - 588 de 2012, cuando analiza el mecanismo de extensión de jurisprudencia en la que dedican algunas consideraciones frente a las sentencias de unificación, a efectos de otorgarle y reconocerles específicas características, así:

- La Corte estimó respecto de la exequibilidad del artículo 270 del CPACA, que encontraba ajustada la limitación efectuada por el legislador frente al mecanismo de extensión administrativa de sentencias, restringiendo su procedencia únicamente de las sentencias de unificación jurisprudencial, pues de ellas se deriva un alto grado de seguridad y certeza, que el legislador en ejercicio de su poder de configuración normativa les asignó, con el fin de evitar la realización de un proceso.
- Que no todas las sentencias cuentan con ese poder vinculante que se traduce en la exposición de reglas de interpretación "**claras, uniformes e identificables**", que establecen y justifiquen la viabilidad de un reclamo ante la administración y con fundamento en ella, permitan su exigencia a modo de extensión.
- Que tal propósito solo se logra bajo estas específicas características, máxime cuando se trata del reconocimiento de un derecho en cabeza del administrado, con lo que se contribuye a disminuir la congestión judicial y la judicialización de las peticiones ante las autoridades, en beneficio de la eficacia, la economía y la celeridad en la función administrativa.
- Aclaró, que uno es el efecto de las sentencias unificadoras para impetrar el mecanismo administrativo de extensión de jurisprudencia y, otro, el poder vinculante para los operadores jurídicos que tiene no solo las sentencias unificadoras, como regla de interpretación que introduce con el fin de aplicar el derecho.

Basado en el reclamo del actor de desconocimiento de la "postura acogida" por la Sección Quinta en el fallo del 30 de enero de 2014, respecto de que la provisión de empleos de funcionarios de carrera, está sujeta al período de alternación, se tiene que la sentencia que se invoca como susceptible de este mecanismo extraordinario, como se anunció, no cumple los elementos que la identifican como de unificación de jurisprudencia, atendiendo a las siguientes consideraciones:

1. Si bien fue dictada por la Sección Quinta, quien tiene la condición de órgano de cierre en los asuntos electorales de conformidad con el Reglamento del Consejo de Estado, lo relevante para el caso, es que para cuando se profirió, no se invocó ninguna de las situaciones que ameritan su expedición bajo esta condición y ello impide calificarla o considerarla como de unificación de jurisprudencia.
2. Aunque es cierto que la interpretación que se realizó en dicha providencia ha sido reiterada con posterioridad por otras decisiones de la Sección Quinta, este hecho en nada modifica o representa que debe tenerse como de unificación jurisprudencial.
3. Atendiendo a los eventos en que esta Jurisdicción profiere sentencia de unificación, estos es, cuando la dicta por: i) importancia jurídica, ii) trascendencia económica o social, iii) necesidad de unificar jurisprudencia y además al resolver iv) los recursos extraordinarios y v) el mecanismo

eventual de revisión, está claro que ninguno de ellos se encuentra presente en este asunto. No es posible identificar el fallo del 30 de enero de 2014 bajo ninguna de estas condiciones, en tanto se dictó en una acción electoral tramitada en segunda instancia y no se hizo invocando ninguna de estas razones.

4. Aunque bastaría que se demostrara el cumplimiento de los dos elementos que identifican una sentencia de unificación, es preciso recordar que dado los efectos que ésta genera respecto de los ciudadanos, la administración y los operadores jurídicos, le corresponde al órgano de cierre darla a conocer bajo esta condición, de conformidad con lo previsto en el artículo 8°[12] del Acuerdo 148 de 2014, y se identifique con las siglas CE-SUJ-, a través del servicio de relatoría y se haga la publicación electrónica de la decisión así adoptada.

De esta manera, queda claro que la providencia que se alegó para el ejercicio de este recurso de carácter extraordinario no tiene la connotación de sentencia de unificación, y en esa medida, resulta improcedente el examen sobre si el fallo objeto del recurso la desconoció o se opuso a ella.

No sobra recordar que el aquí recurrente ejerció el amparo tutelar en contra de la sentencia objeto de este recurso extraordinario, la que fuera decidida por esta Corporación en su condición de juez de tutela, donde se analizó el presunto desconocimiento del precedente judicial.

Dicha tutela le correspondió en primera instancia a la Sección Primera de esta Corporación, que negó la solicitud bajo la consideración de que del "fallo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca se evidencia una interpretación válida y razonable de la normatividad y los efectos de dichas disposiciones aplicables al caso; se observa, además, que hizo uso de su libertad interpretativa en materia de valoración de la prueba sin caer en la arbitrariedad y, finalmente, fundamentó y explicó ampliamente las razones por las cuales se apartó de la jurisprudencia emanada de esta Corporación"[13].

Y luego, en segunda instancia, tal decisión fue confirmada por el juez constitucional, bajo similares argumentos, en la que además señaló que: "la sentencia atacada no incurrió en los defectos sustantivo o de desconocimiento del precedente judicial, pues la interpretación que dio al artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000 «Por el cual se regula el Servicio Exterior de la República y la Carrera Diplomática y Consular», en concordancia con su párrafo, fue razonable y ajustada al ordenamiento jurídico, al sopesar las razones para apartarse de la anterior interpretación que se había dado sobre el mismo tema por la Sección Quinta de esta Corporación"[14].

Esta relación sobre lo ocurrido en dicho trámite de tutela, para evidenciar, que lo pretendido por el recurrente es improcedente, pues se insiste, el fallo que se invocó como contrariado o desconocido, no tiene la condición de sentencia de unificación, lo que hace impróspera la única causal que se encuentra prevista por el artículo 258 del CPACA, para este recurso de naturaleza extraordinaria.

Por lo expuesto, la Sección Quinta del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A:

PRIMERO.- DECLÁRASE INFUNDADO el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia interpuesto por el señor RAFAEL ENRIQUE LIZARAZU MONTOYA contra la

sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, el 29 de octubre de 2015, por las razones expresadas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- LEVANTÉSE la suspensión del fallo emitido el 29 de octubre de 2015 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, en cuanto le retorna sus plenos efectos, de conformidad con lo aquí decidido.

TERCERO.- Comuníquesele de esta decisión al Ministerio de Relaciones Exteriores, para lo pertinente.

CUARTO.- Por Secretaría, dispóngase el envío del expediente que se tramitó a cargo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A del expediente a su cargo y en lo demás, archívese el expediente. Déjense las constancias del caso.

Este proyecto fue discutido y aprobado en sesión de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Consejera de Estado

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Consejero de Estado

ALBERTO YEPES BARREIRO

Consejero de Estado

[1] Aprobada con salvedad de voto manifestado por el magistrado Felipe Alirio Solarte Maya. (folios 413 -424 C. 1 principal)

[2] Las explicaciones que expuso se aprecian en el memorial visible a los folio 540 a 551 del expediente.

[3] Esta decisión fue objeto de aclaración de voto por el magistrado Felipe Solarte Maya visible a los folios 589 a 594 del expediente.

[4] Es decir no se trata de ninguna de las acciones que contemplan los artículos 86, 87 y 88 de la Constitución Política, respecto de las cuales está vedada su procedencia en los términos del inciso final del artículo 257 del CPACA.

[5] Una de las razones que se contemplaron para la necesidad de implementar un mecanismo de unificación jurisprudencial, fue la contenida en el proyecto de ley del CPACA, que dio cuenta de que "[...] Las conclusiones del seminario-taller consolidaron las primeras apreciaciones sobre la realidad de la jurisdicción e incursionaron, además, en asuntos como la financiación de la justicia, el cambio en la estructura del Consejo de Estado, las distintas medidas para descongestionar la jurisdicción, y **la creación de un mecanismo que colocara en cabeza del**

Consejo de Estado la unificación de la jurisprudencia en el nuevo contexto generado por la puesta en marcha de los 257 juzgados administrativos.", que evidenciaron que los asuntos competencia de estos operadores judiciales no estarían sometido al examen del Consejo de Estado como juez de instancia, razón por la cual se crearon mecanismos que permitieran orientar la labor de juzgador y la determinación sobre en qué momento las posiciones de este órgano de cierre tuvieran carácter vinculante. Gaceta del Congreso N° 1173 de 2009. Se puede consultar en el siguiente link http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=1136&p_numero=198&p_consec=24362

[6] Así se puede advertir en el proyecto de ley 198 de 2009, contenido en la Gaceta del Congreso N° 1173 de 2009.

[7] **Esta conclusión es evidente, incluso desde el positivismo jurídico, que para el caso colombiano es recurrentemente asimilado, de manera errónea, al formalismo o a la exégesis. Así, en términos de Hans Kelsen, "... el tribunal hace algo más que declarar o constatar el Derecho y contenido en la ley, en la norma general. Por el contrario, la función de la jurisdicción es más bien constitutiva: es creación de Derecho, en el sentido auténtico de la palabra. Pues la sentencia judicial crea por completo una nueva relación: determina que existe un hecho concreto, señala la consecuencia jurídica que debe enlazarse a él, y verifica en concreto dicho enlace. Así como los dos hechos –condición y consecuencia- van unidos por la ley en el dominio de lo general, tienen que ir enlazados en el ámbito individual por las sentencias judicial es norma jurídica individual: individualización o concreción de la norma jurídica general o abstracta, continuación del proceso de creación jurídica, de lo general en lo individual; sólo el prejuicio según el cual todo Derecho se agota en la norma general, sólo la errónea identificación del Derecho con ley pueden obscurecer una idea tan evidente. Vid. KELSEN, Hans. (2009) El método y los conceptos fundamentales de la Teoría Pura del Derecho. Editorial Reus. Zaragoza, pp. 69-70.**

[8] Sentencia C- 634 de 2011. M.P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

[9] Art. 256 del CPACA.

[10] Artículo 271 del CPACA

[11] Con este nomen iuris "jurisprudencia" en estricto sentido solo se reconocen las decisiones de las Altas Cortes.

[12] ARTÍCULO 8° Adiciónase al Acuerdo 58 de 1999 un artículo, así:

Artículo 43B. Identificación y publicidad de las sentencias de unificación jurisprudencial. Las sentencias de unificación jurisprudencial se identificarán con las siglas CE-SUJ seguidas del número de la Sección y el número anual consecutivo que les corresponda. Dichas sentencias serán publicadas en la sede electrónica del Consejo de Estado, en un enlace especial de fácil acceso e identificación.

Parágrafo Transitorio. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y las Secciones identificarán las sentencias de unificación jurisprudencial dictadas a partir del 2 de julio de 2012 de conformidad con el artículo 270 de la Ley 1437 de 2011, e informarán a la Relatoría de la Corporación para efectos de asegurar su publicación en la sede electrónica en los términos del presente artículo.

[13] Consejo de Estado - Sección Primera. Sentencia del 17 de marzo de 2016. Radicado número: 11001-03-15-000-2015-03450-00 Actor: Rafael Enrique Lizarazu Montoya. Accionado: Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Primera. C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés.

[14] Se refirió a que mediante sentencia de 12 de noviembre de 2015 la Sección Quinta del Consejo de Estado estableció las reglas para resolver casos análogos, la C.P. Alberto Yepes Barreiro, dentro del proceso radicado con el N° 25000-23-41-000-2015-00542-01, Actor: Enrique Antonio Celis Durán.



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma del Ministerio de Relaciones Exteriores

ISSN 2256-1633

Última actualización: 15 de enero de 2024 - (Diario Oficial No. 52.621 - 27 de diciembre de 2023)

