## CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de abril de dos mil dieciocho (2018)

Radicación: 05001-23-31-000-2010-00463-01 (58890)

**Actor:** Concorpe S.A y Cobaco S.A **Demandado:** Departamento de Antioquia

**Asunto:** Acción de Controversias Contractuales (Sentencia)

**Tema:** Controversias contractuales relativas al equilibrio económico del contrato e incumplimiento del mismo. Se declara inhibición para fallar de fondo el asunto en razón a que se estructuró la caducidad de la acción, previa consideración de que esta Jurisdicción es competente para conocer de la acción propuesta por los demandantes. **Descriptor/Restrictor:** Precedente Judicial — Tiene fuerza vinculante en el ordenamiento jurídico. Prohibición de aplicación retroactiva del precedente judicial — Por ser violatorio del debido proceso y las garantías judiciales, los derechos de libertad e igualdad y defraudación a la confianza legítima. La oportunidad para liquidar el contrato estatal y el término de caducidad de la acción contractual — Es el dispuesto por las partes o, en su defecto, el establecido por la Ley y la jurisprudencia; Perentoriedad del término de caducidad — Es de orden público y no puede ser desconocido por la voluntad de las partes; no se modifica o interrumpe por hacerse la liquidación fuera del término previsto.

Procede la Sala a decidir el presente asunto correspondiente al recurso de apelación promovido por la parte demandante contra la sentencia de 7 de diciembre de 2016 dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia que se inhibió para fallar al declarar la falta de jurisdicción.

## 1.- La demanda.

Fue presentada el 2 de marzo de 2010 por Cobaco S.A y Concorpe S.A., quienes integraron el *'Consorcio San José-Llanos'*<sup>1</sup> mediante apoderado judicial y en ejercicio de la acción de controversias contractuales prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, con el objeto que se declare que son imputables al Departamento de Antioquia<sup>2</sup> diversos hechos generadores del rompimiento del equilibrio económico y financiero del contrato de obra pública No. 2000-CO-21-028 celebrado entre el consorcio conformado por las sociedades actoras y el Departamento. Consecuentemente solicitan se condene a la parte demandada al pago de la indemnización correspondiente para restablecer el equilibrio económico, debidamente actualizada y con intereses moratorios.

Las pretensiones se fundamentan en los hechos presentados por la parte actora y de los cuales la Sala destaca los siguientes:

Las partes celebraron el 16 de noviembre de 2000 el Contrato de Obra Pública No. 2000-CO-21-028 cuyo objeto consistía en ejecutar las obras necesarias para la ampliación, rectificación y pavimentación de la carretera Llanos de Cuivá - San José de la Montaña, por un valor de diecinueve mil setecientos ochenta y ocho millones novecientos cincuenta y tres mil cuento noventa y cuatro pesos (\$19.788.953.194) y con un término de veinticuatro (24) meses contados desde la fecha del Acta de Iniciación, la que fue suscrita

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> En adelante "los demandantes", "el Consorcio", "el Consorcio San José-Llanos" o "los miembros del Consorcio".

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> En adelante "Antioquia" "el Departamento", "el Departamento demandado", "la entidad territorial" o "el demandado"

el 21 de diciembre de 2000. A lo largo del contrato se presentaron varias adiciones y modificaciones al mismo. El 9 de febrero se suscribió por las partes acta de entrega de las obras.

Finalmente, el 20 de diciembre de 2007 se celebró acta de liquidación donde consta que el Consorcio ejecutó las obras a su cargo en el plazo previsto en el contrato principal y sus adiciones; que las partes se declaran a paz y salvo por las cantidades ejecutadas una vez el Departamento cancele el valor de la suma relacionada en el numeral 12 como obra ejecutada y no liquidada sin perjuicio de las pretensiones formuladas por el consorcio en el numeral 4 del documento de liquidación

El punto cuarto del acta de liquidación presenta las salvedades realizadas por el Consorcio, donde advierte que no renuncia a reclamar judicialmente el pago de la indemnización equivalente a las pérdidas generadas por el no reconocimiento y pago de (i) del contenido de asfalto en la mezcla asfáltica, (ii) de los acarreos en el transporte de materiales a utilizar en la obra, (iii) de los mayores costos administrativos, generados en una mayor permanencia de todos los recursos en la obra, (iv) de los mayores costos financieros, como consecuencia de no haber sido entregado al Contratista la totalidad del anticipo pactado en la fecha pactada, (v) de los mayores costos financieros como consecuencia del no pago oportuno de las actas de obra, (vi) de la actualización del valor final del acta de liquidación, (vii) del valor real de la obra ejecutada por terceros durante el periodo comprendido entre el 10 de marzo de 2005 y el 31 de enero de 2006, relacionada con la actividad de suministro, transporte, colocación y compactación de la mezcla asfáltica, como también de la imprimación, (viii) de los perjuicios causados por coadministrar la obra en el periodo comprendido entre el 10 de octubre de 2005 y el 31 de enero de 2006.

Afirma la parte demandante que durante la etapa de construcción solicitó el restablecimiento del equilibrio económico como consta en los memoriales C-069 de 6 de agosto de 2002, radicado 30684, C-079 de noviembre 21 de 2002, radicado 367814, C-082 de febrero de 17 de 2003, radicado 408936, C-111 de 31 de marzo de 2004, radicado 058865 C-203 de 10 de octubre de 2005, radicado 016333.

#### 2. Actuación procesal en primera instancia

- 2.1.- El Tribunal Administrativo de Antioquia en proveídos de 3 de mayo y 1° de junio de 2010 admitió a trámite la demanda<sup>3</sup>, siendo notificada por aviso al Departamento de Antioquia el 4 de noviembre de 2010<sup>4</sup>.
- 2.2. Oportunamente<sup>5</sup> el Departamento contestó la demanda, declaró como ciertos algunos hechos, se atuvo a lo que estuviere probado respecto de otros, refutó otros y planteó las excepciones de 'Mala Fe del demandante'<sup>6</sup>, 'Falta de causa para pedir'<sup>7</sup>,

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Fls 870-873, c1

Fls 154-155 y 157-158, c1.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> Fls 890-921, c1. La fijación en lista del proceso para contestar demanda ocurrió entre el 24 de noviembre y el 7 de diciembre de 2010. Cfr. Fl 871 vto, c1.

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> Mala fe del demandante. Que hizo consistir en el hecho de que el contratista suscribió todas las actas de adición de plazo y valor del contrato sin mencionar alguna de las circunstancias que ahora viene a plantear como constitutivas de mayor permanencia en la obra y desequilibrio económico, aunado a la pretensión de mostrar hechos normales de la ejecución del contrato como generadores de mayor permanencia en la obra, pese a que de común acuerdo el contrato fue adicionado. Sostuvo que los demandantes pretenden el pago de la mezcla asfáltica cuando todos los proponentes en el proceso licitatorio cotizaron de manera

'Buena Fe del Departamento de Antioquia'<sup>8</sup>, 'Equilibrio del contrato'<sup>9</sup> y 'Genérica'<sup>10</sup> con las cuales se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda. En memorial separado de la misma fecha<sup>11</sup> el Departamento llamó en garantía a la Compañía Colombiana de Consultores S.A. quien obró como interventor del Contrato No. 2000-CO-21-028.

- 2.3.- En escrito de 7 de diciembre de 2010<sup>12</sup> Concorpe S.A y Cobaco S.A. adicionaron la demanda para incluir en ella una tercera pretensión declarativa relativa al incumplimiento imputable al Departamento del Contrato No. 2000-CO-21-028 con apoyo en los mismos supuestos fácticos de la demanda primigenia.
- 2.4.- En providencias de 4 de febrero<sup>13</sup> y 16 de agosto<sup>14</sup> de 2011 se admitió a trámite la reforma de la demanda y el llamamiento en garantía invocado por la Entidad territorial, sin embargo, como no se surtió la notificación al llamado en el término previsto en el artículo 56 del Código de Procedimiento Civil, se dispuso la continuación del trámite sin su presencia<sup>15</sup>.
- 2.5.- En auto de 3 de mayo de 2012<sup>16</sup> se abrió el periodo probatorio, seguidamente y luego del acopio de los medios probatorios decretados, en proveído de 22 de octubre de 2015<sup>17</sup> se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, oportunidad aprovechada por los demandantes y el Departamento demandado<sup>18</sup>. El Ministerio Público guardó silencio.

## 3.- Sentencia de primera instancia.

3.1.- El 7 de diciembre de 2016<sup>19</sup> el Tribunal dictó sentencia en la que se inhibió para decidir el fondo del asunto.

conjunta bajo un mismo rubro los ítems "concreto asfáltico y base asfáltica" donde incluyeron todos los elementos componentes del mismo. De otro tanto, en lo que hace al régimen de lluvias, consideró que esa situación debió ser contemplada en la propuesta y, de cualquier manera, se celebraron adiciones, prórrogas y suspensiones cuando la situación climatológica fue crítica.

7 Falta de causa pora padir. Dondo indica que el la causa pora padir. Dondo indica que el la causa pora padir.

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> Falta de causa para pedir. Donde indica que el demandante no tiene derecho a pedir indemnización por mayor permanencia en la obra cuando fue él quien tuvo mayor participación en el hecho de que el plazo del contrato se extendiera más allá del normal, de lo que da fe los informes de interventoría.

<sup>&</sup>lt;sup>8</sup> Buena Fe del Departamento de Antioquia. Manifiesta que el Departamento siempre estuvo atento al desarrollo del contrato, contrató la interventoría idónea por conducta de Estec S.A y posteriormente con la Compañía Colombiana de Consultores. Además, fue benevolente con el contratista accediendo a ampliar los plazos y el precio de la obra y requiriéndolo en varias oportunidades para que avanzara en la obra.

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> Equilibrio del contrato. Para lo cual expuso el Departamento que el Contrato de Obra No. 2000-CO-21-028 objeto de esta controversia se pactó bajo la modalidad de precios unitarios con fórmula de reajuste, lo que significa que se reconoce y paga al contratista toda la obra ejecutada a los precios del tiempo de la ejecución. Por tal razón, no se presentó el alegado desequilibrio planteado por la parte accionante.

Genérica. Las demás que se encuentren probadas en el trámite de la demanda.

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> Fls 1562-1565, c1.

<sup>&</sup>lt;sup>12</sup> Fls 877-879, c1.

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> Fl 1566, c1.

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> Fls 1567-1568, c1.

<sup>&</sup>lt;sup>15</sup> Fl 1570, c1.

<sup>&</sup>lt;sup>16</sup> Fls 1571-1572, c1.

<sup>&</sup>lt;sup>17</sup> Fl 2001, c1.

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup> Fls 2002-2003 y 2004-2024, c1.

<sup>&</sup>lt;sup>19</sup> Fls 2055-2064, c1.

3.2.- Planteados los antecedentes de la causa el *a-quo* encontró que no le asistía jurisdicción para conocer la controversia debido a que en la cláusula trigésima del Contrato No. 2000-CO-21-028 se incorporó una cláusula compromisoria en la que se acordó someter a la justicia arbitral las diferencias relativas a la ejecución, desarrollo, terminación o liquidación del contrato. Consideró que esa cláusula surte efectos jurídicos a plenitud aun cuando el Departamento no excepcionó este asunto, toda vez que en providencia de 18 de abril de 2013<sup>20</sup> la Sección Tercera del Consejo de Estado unificó su criterio jurisprudencial relativo a la improcedencia de la llamada renuncia táctica de la cláusula compromisoria. Como el litigio promovido versa sobre hechos que se presentaron en la etapa de ejecución del contrato, corresponde a la justicia arbitral conocer del asunto, con lo cual se declaró oficiosamente la falta de jurisdicción y competencia y, consecuentemente, la inhibición para fallar el asunto.

## 4. Recurso de apelación

Contra lo así resuelto la demandante formuló recurso de apelación<sup>21</sup>, concedido por el *a-quo* en auto de 10 de febrero de 2017<sup>22</sup>.

# 5. Actuación procesal en segunda instancia

5.1.- Recibido el expediente en esta Corporación, en auto de 27 de marzo de 2017 se admitió el recurso propuesto<sup>23</sup> y en proveído de 2 de mayo del mismo año se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, quienes guardaron silencio.

El Ministerio Público, en escrito del 14 de junio de 2017, emitió concepto solicitando la confirmación de la decisión dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia. Dijo que el *a-quo* aplicó un criterio jurisprudencial vigente para cuando se profirió el fallo e, inclusive, actualmente. Por tal razón no violó derecho alguno de la demandante, pues el precedente es de obligatorio cumplimiento. Agregó que en el caso de referencia se reunían los presupuestos para aplicar el criterio unificado de la Sección Tercera, pues vista la cláusula compromisoria debía declararse de oficio la falta de jurisdicción y competencia, como lo hizo el sentenciador de primer grado.

#### CONSIDERACIONES

## 2. Objeto del recurso de apelación

2.1.- En su memoria de impugnación al fallo la demandante expuso las razones con las que persigue la revocatoria de la decisión inhibitoria.

<sup>&</sup>lt;sup>20</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de Sección Tercera. Sentencia de 18 de abril de 2013, Exp. 85001-23-31-000-1998-00135-01 (17859).

<sup>&</sup>lt;sup>21</sup> Fls 2065-2077, c1.

<sup>&</sup>lt;sup>22</sup> Fl 2078, c1.

<sup>&</sup>lt;sup>23</sup> Fl 2082, c1.

Concretamente, cuestionó el fallo por aplicar retroactivamente un criterio jurisprudencial acogido por la Sección Tercera del Consejo de Estado (sentencia de 18 de abril de 2013) con posterioridad a la presentación de la demanda (29 de marzo de 2010), lo que es violatorio del principio de igualdad. Memoró que para cuando se introdujo la controversia contractual la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado<sup>24</sup> se orientaba a considerar como válida la renuncia táctica a la cláusula compromisoria o compromiso cuando existiendo ésta la demandada no la alegaba como constitutiva de falta de jurisdicción. Por tal razón la acción judicial se formuló bajo la confianza creada por ese precedente judicial, entonces vigente. Así, solicitó la revocatoria del fallo de instancia, se abordara el fondo del asunto y se acogieran las pretensiones de la demanda.

#### 3.- Problema jurídico

3.1.- De los antecedentes que informan la causa, son dos los problemas jurídicos que deben ser desatados en esta controversia: *i*) determinar si se ajusta a derecho declarar la falta de jurisdicción por existir una cláusula compromisoria pactada pero no alegada por la demandada, con fundamento en un criterio jurisprudencial acogido por esta Corporación con posterioridad a la presentación de la demanda contenciosa que dio origen a esta controversia y *ii*) determinar si la demanda fue presentada en tiempo a los fines de proceder al análisis del fondo del asunto planteado, esto es, los alegados desequilibrio económico e incumplimiento contractual imputable al Departamento de Antioquia con ocasión del contrato de obra No. 2000-CO-21-028.

3.2.- Para tal fin la Sala se apresta a pronunciarse sobre las siguientes cuestiones: i) El precedente judicial, ii) el cambio o revocatoria de precedentes judiciales y sus efectos en el tiempo, iii) La oportunidad para liquidar el contrato estatal y el término de caducidad de la acción contractual, iv) la perentoriedad del término de caducidad de la acción, v) caso concreto.

## 4.- Precedente judicial<sup>25</sup>.

4.1.- *Generalidades.* El derecho de origen judicial, que hunde sus raíces en la práctica de los operadores de justicia y en las decisiones motivadas que éstos adoptan<sup>26</sup>, ha venido a erigirse como formante jurídico<sup>27</sup>, al amparo de una sofisticada<sup>28</sup> lectura del

<sup>24</sup> La demandante citó las siguientes decisiones de la Sección Tercera del Consejo de Estado: Sentencias de 22 de abril de 2009, Radicado 25000-23-26-000-2003-01686-01 (29699), de 16 de junio de 1998, 19 de marzo de 1998 y 23 de junio de 2010 (sin citar radicados).

Reitera la Sala las consideraciones sobre esta temática expuestas en la Sentencia de 4 de septiembre de 2017, Radicado 68001-23-31-000-2009-00295-01 (57279) dictada por esta misma Subsección.
 "La Sala verifica que el deber de motivar una sentencia judicial deviene exigible desde la doble perspectiva convencional y

<sup>&</sup>lt;sup>26</sup> "La Sala verifica que el deber de motivar una sentencia judicial deviene exigible desde la doble perspectiva convencional y constitucional. Desde la primera de éstas, los artículos 8 y 25 de la Convención, relativos a las garantías judiciales y la protección judicial permiten establecer los lineamientos generales a partir de los cuales se consagra el ejercicio de una labor judicial garante de los Derechos Humanos. En el campo específico del deber de motivar las decisiones judiciales, la Corte IDH ha sostenido que "las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias<sup>26</sup>. La motivación es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión."<sup>26</sup> (Resaltado propio), justificándose esta exigencia de los funcionarios judiciales en el derecho que tienen los ciudadanos de ser juzgados "por las razones que el derecho suministra"<sup>26</sup> además de generar credibilidad de las decisiones judiciales en un Estado que se precie de ser democrático." Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 26 de febrero de 2014, Exp. 27345.

<sup>&</sup>lt;sup>27</sup> "entre los iuscomparatistas el formante indica los componentes del derecho, potencialmente incoherentes en la medida en que no se refieren a un sistema carente de lagunas y antinomias, motivo por el cual se habla de su disociación. En este sentido, se identifican, entre otros, un formante legal, para referirse a las reglas producidas por el legislador, un formante doctrinal, compuesto por los preceptos formulados por los estudiosos y un formante jurisprudencial, que coincide con las indicaciones provenientes de los tribunales." SOMMA, Alessandro. Introducción al Derecho comparado. Madrid, Universidad Carlos III de

artículo 230 constitucional<sup>29</sup> y por los desarrollos de la legislación<sup>30</sup> que reconocen y dan cuenta del *'precedente'*, dotándolo de un robusto valor que va más allá de lo retórico o lo persuasivo para ocupar, a la hora actual, un lugar específico y bien definido en el marco de los fundamentos jurídicos sustentadores de la acción estatal, del ejercicio de los derechos de las personas y la actividad judiciaria, en tanto derecho vinculante<sup>31</sup>.

- 4.2.- Y es que si por fuente de derecho se entiende aquella noción clasificatoria que identifica ciertos hechos o actos dotados de autoridad suficiente como para ser considerados legítimos productores de 'derecho' (esto es, como creadores de enunciados normativos) aceptados por una comunidad jurídica, no cabe duda que la jurisprudencia se enmarca dentro de este escenario por las razones que pasan a exponerse.
- 4.3.- De una parte, una recta y ponderada interpretación del postulado constitucional "los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley"<sup>32</sup>, impone considerarlo de manera armónica junto al valor normativo específico del texto constitucional, el derecho internacional y los derechos, principios y valores en ellos reconocidos de modo que el ejercicio hermenéutico obtenido resulte compatible con esos postulados que integralmente informan el orden jurídico.
- 4.4.- Así, una lectura textual, que ubicaría a la "ley" como única y exclusiva fuente del ordenamiento, conduciría al absurdo de privar a los materiales constitucionales y convencionales de fuerza jurídica y esa apreciación es ilógica y contraevidente<sup>33</sup>, razón

Madrid, 2015, pág. 154.

<sup>&</sup>lt;sup>28</sup> Cfr., entre otros pronunciamientos, Sentencia C-018 de 1993, T-104 de 1993, T-406 de 1992, T-123 de 1995, SU-047 de 1999, C-836 de 2001, SU-1219 de 2001, T-086 de 2007, C-388 de 2008, C-539 de 2011, C-816 de 2011, C-588 de 2012, C-461 de 2013, C-621 de 2015, SU-712 de 2015, T-088 de 2017, T-121 de 2017, T-233 de 2017.

<sup>&</sup>lt;sup>29</sup> Constitución Política. Artículo 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.

30 Ley 169 de 1889, Artículo 10; Ley 1395 de 2010, Artículo 114 y 115; Ley 1437 de 2011, artículos 10, 102 y 103; Ley 1564 de 2012, artículo 7°

<sup>&</sup>lt;sup>31</sup> "El poder de los tribunales de producir precedentes vinculantes, así como el surgimiento de las prácticas judiciales respetadas como tales por los tribunales, no son más que una extensión del poder de establecer de manera autoritativa los litigios frente a los tribunales: Una extensión del poder de los tribunales que estableciendo autoritativamente lo que habilita a ejercer una acción en particular establecer a través de razonamiento interpretativo cuál es el derecho que los vinculará no solo a los litigantes frente a los tribunales, sino a los tribunales inferiores en el futuro y a través de ellos nos vinculará a todos nosotros". RAZ, Joseph. Entre la autoridad y la interpretación. Madrid. Marcial Pons. 2013, pág. 326.

<sup>&</sup>lt;sup>32</sup> Constitución Política. Artículo 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.

jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.

33 Esto fue advertido de manera temprana por la Corte Constitucional principalmente en la Sentencia C-104 de 1993 donde sostuvo:

<sup>&</sup>quot;Limitar el universo de las fuentes del derecho, como se propone, a la ley entendida en su acepción formal, conlleva una serie de consecuencias absurdas que le restan al planteamiento toda plausibilidad. En efecto, la Constitución, norma de normas (CP art. 4), por no ser equiparable formalmente a la ley, no podría ser aplicada ni observada por la jurisdicción (1); las leyes, no obstante que pudieran vulnerar la Carta, en todo caso deberían acatarse y ejecutarse, y no podrían ser inaplicadas por los jueces (CP art. 4) (2); los derechos fundamentales de aplicación inmediata requerirían de una ley previa para poder ser aplicados por los jueces en los diferentes procesos (CP art. 85) (3); los valores y principios constitucionales, no estando incorporados en leyes ni necesitándolo, podrían ser dejados de lado por los jueces (4); los decretos del Presidente, las ordenanzas de las Asambleas, los acuerdos de los Concejos y, en general, todas las normas jurídicas, diferentes de las leyes, cuyo proceso de creación y cuya existencia se regula y

por la cual es más afortunado asumir una interpretación que considere al "imperio de la ley" coherentemente como<sup>34</sup> (i) denotativo de la totalidad del sistema jurídico, ubicada la Constitución en su vértice, (ii) reconocimiento de que el contenido y alcance de la Constitución y la Ley es precisado por las decisiones de las Altas Cortes, (iii) manifiesto de autonomía e imparcialidad de la función jurisdiccional y (iv) mandato de igualdad, pues la sujeción del juez al ordenamiento impone tratar casos iguales de la misma manera.

4.5.- Además, la lectura textual de la fórmula "imperio de la ley" hace perder de vista la profunda noción sustantiva que le subyace (rechtsstaat, rule of law, l'Etat de droit<sup>35</sup>) no ya como indicativo de la Ley en tanto producto del cuerpo legislativo, sino como constructo jurídico-político, un ideal tributario del Estado Moderno, evolutivo, relacionado con la existencia de ciertos principios formales, procedimentales y sustanciales, que determinan la manera en que es gobernada una comunidad, principios éstos que tienen su razón de ser en la proscripción del ejercicio arbitrario del poder<sup>36</sup>.

4.6.- Al efecto, se cuentan entre esas virtudes la exigencia de leyes generales, públicas, prospectivas, coherentes, claras, estables y practicables; al tiempo que su variante procedimental alude al establecimiento de órganos y procedimientos que aseguren el respeto y cumplimiento de las normas (y acá tiene su justificación la existencia de un poder judicial autónomo) y, finalmente, su entronque sustantivo versa sobre la

reconoce en la Constitución, pese a su pertinencia para solucionar el asunto o controversia, no podrían aplicarse por los jueces (5); los contratos y demás actos con valor normativo, fruto de las relaciones intersubjetivas del orden privado, quedarían por fuera de la función jurídica (6); los derechos y garantías no consagrados expresamente en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, pese a ser inherentes a la persona humana, no podrían ser reconocidos judicialmente (CP art. 94).

Podría continuarse la enumeración de consecuencias irrazonables que se derivarían de dar curso favorable a la tesis formulada. Sin embargo, las esbozadas son suficientes para concluir que el cometido propio de los jueces está referido a la aplicación del ordenamiento jurídico, el cual no se compone de una norma aislada - la "ley" captada en su acepción puramente formal - sino que se integra por poderes organizados que ejercen un tipo específico de control social a través de un conjunto integrado y armónico de normas jurídicas. El ordenamiento jurídico, desde el punto de vista normativo, no puede reducirse a la ley. De ahí que la palabra "ley" que emplea el primer inciso del artículo 230 de la C.P. necesariamente designe "ordenamiento jurídico". En este mismo sentido se utilizan en la Constitución las expresiones "Marco Jurídico" (Preámbulo) y "orden jurídico (Art. 16)."

<sup>34</sup> Véase, por todos, Corte Constitucional Sentencias C-018 de 1993, C-104 de 1993, C-486 de 1993, T-296 de 1994, T-260 de 1995, C-037 de 1996, C-836 de 2001, C-335 de 2008, C-816 de 2011, C-539 de 2011, C-284 de 2015, C-621 de 2015, C-179 de 2016, entre otras decisiones.

<sup>36</sup> "El contenido mínimo de la noción hace referencia a una relación entre poder y Derecho, en la que el Derecho es expresión del poder, pero al mismo tiempo el poder sólo es legítimo si actúa conforme a un modelo jurídico preconstituído". MANCILLA CÓRDOBA, Gema. Imperio de la ley. En: Eunomia. Revista en cultura de la Legalidad. No. 5, septiembre 2013-febrero 2014, págs. 177-185 (183).

"(...) el concepto de Estado de Derecho se caracteriza en general por una cierta incomodidad cara al fenómeno del dominio político. De acuerdo con su propio significado fundamental, y siempre que no se lo deforme ideológicamente o se lo instrumentalice, el Estado de Derecho busca siempre limitar y restringir el poder y el dominio del Estado en favor de la libertad del individuo y realizar el derecho material." BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia. Madrid, Trotta, 2000, pág. 44.

<sup>&</sup>lt;sup>35</sup> Sin perjuicio de las peculiaridades propias de los contextos políticos e históricos en los cuales surgió cada una de tales nociones. "No obstante un número de diferencias relativas a sus implicaciones y políticas, a las que se hará referencia con mayor detalle en secciones posteriores de este ensayo, los concepto de rule of law, Rechtsstaat y État de Droit comparte un concernimiento común por el control del poder político basado en la percepción de la falibilidad y arbitrariedad inherente del ser humano (...)" GROTE, Rainer. Rule of Law, Rechtsstaat, y État de Droit. En: Revista Pensamiento Constitucional. Año VIII, No. 8, pág. 128.

protección de derechos y libertades civiles<sup>37-38</sup>.

4.7.- No hay duda de la vinculación del precedente judicial con tales cualidades, pues éste se encuentra estrechamente asociado a la concreción del contenido normativo que emana del ordenamiento jurídico y, a partir de esa labor interpretativa<sup>39</sup>, precisa el alcance de las competencias de las autoridades estatales, las posiciones jurídicas y los estándares de protección de los derechos, como de los instrumentos adjetivos que se cuentan para la garantía de los mismos, jugando un rol definitorio en la vigencia del Estado de Derecho, comprendido en esos términos sustantivos.

4.8.- Y prueba de la vinculatoriedad del precedente judicial en el sistema jurídico colombiano se encuentra en el desarrollo de factores institucionales dirigidos a garantizar su respeto y eficacia jurídica, como lo son (i) la protección que se dispensa vía acción de tutela, cuando de manera injustificada la autoridad ha desatendido un precedente judicial, como defecto sustantivo<sup>40</sup>, (ii) el reconocimiento legislativo de la competencia de "unificación de jurisprudencia" de la Corte Suprema de Justicia<sup>41</sup> y del Consejo de Estado en el marco del mecanismo de revisión eventual de acciones populares y de grupo<sup>42</sup>, (iii) el reconocimiento de prelación para fallo que puede dispensarse a aquellos asuntos en las Altas Cortes que demanden "sólo la reiteración de jurisprudencia"<sup>43</sup>, (iv) el deber de las autoridades estatales de tener en cuenta "precedentes jurisprudenciales (...) en materia ordinaria o contenciosa administrativa" cuando deban resolver peticiones o dictar actos administrativos relacionados con

\_

<sup>&</sup>lt;sup>37</sup> Cfr., para una presentación general de esta noción WALDRON, Jeremy, "The Rule of Law", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2016 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <a href="https://plato.stanford.edu/archives/fall2016/entries/rule-of-law/">https://plato.stanford.edu/archives/fall2016/entries/rule-of-law/</a>. <sup>38</sup> "6. El concepto de "Estado de derecho" ocupa un lugar central en el cometido de la Organización. Se refiere a un principio de gobierno según el cual todas las personas, instituciones y entidades, públicas y privadas, incluido el propio Estado, están sometidas a unas leyes que se promulgan públicamente, se hacen cumplir por igual y se aplican con independencia, además de ser compatibles con las normas y los principios internacionales de derechos humanos. Asimismo, exige que se adopten medidas para garantizar el respeto de los principios de primacía de la ley, igualdad ante la ley, rendición de cuentas ante la ley, equidad en la aplicación de la ley, separación de poderes, participación en la adopción de decisiones, legalidad, no arbitrariedad, y transparencia procesal y legal." Naciones Unidas. Informe del Secretario General. 'El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han situado conflictos' S/2004/616. Distribución general 3 de agosto de 2004, párr. 6.

<sup>&</sup>lt;sup>39</sup> "El significado de la regla legal no es, por tanto, ningún hecho del pasado conectado por vínculos fícticios con la voluntad del legislador histórico. De ser así, el derecho resultaría un gobierno de los muertos sobre los vivos. El significado de las reglas legales cambia en la medida en que cambian los contextos en los que opera". WROBLEWSKI, Jerzy. Constitución y teoría general de la interpretación jurídica. Madrid, Civitas, 1985, pág. 76.

 <sup>40</sup> Cfr., entre varias, Corte Constitucional. Sentencias T-1031 de 2001, C-590 de 2005, SU-448 de 2011 y SU-427 de 2016.
 41 Ley 1285 de 2009. Artículo 7º inc. Segundo. Las Salas de Casación Civil y Agraria Laboral y Penal, actuarán según su

especialidad como Tribunal de Casación, pudiendo seleccionar las sentencias objeto de su pronunciamiento, para los fines de unificación de la jurisprudencia, protección de los derechos constitucionales y control de legalidad de los fallos. También conocerán de los conflictos de competencia que, en el ámbito de sus especialidades, se susciten entre las Salas de un mismo tribunal, o entre Tribunales, o entre estos y juzgados de otro distrito, o entre juzgados de diferentes distritos".

<sup>&</sup>lt;sup>42</sup> Ley 1285 de 2009. Artículo 11. Apruébase como artículo nuevo de la Ley 270 de 1996, el artículo 36A, que formará parte del Capítulo Relativo a la organización de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, el cual tendrá el siguiente texto:

<sup>&</sup>quot;Artículo 36A. Del mecanismo de revisión eventual en las acciones populares y de grupo y de la regulación de los recursos extraordinarios. En su condición de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, a petición de parte o del Ministerio Público, el Consejo de Estado, a través de sus Secciones, en los asuntos que correspondan a las acciones populares o de grupo podrá seleccionar, para su eventual revisión, las sentencias o las demás providencias que determinen la finalización o el archivo del respectivo proceso, proferidas por los Tribunales Administrativos, con el fin de unificar la jurisprudencia.

<sup>&</sup>lt;sup>43</sup> Ley 1285 de 2009. Artículo 16. En similar sentido el artículo 115 de la Ley 1395 de 2010 que extiende esa facultad a todos los jueces, tribunales, las Altas Cortes, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura.

reconocimiento y pago de pensiones de jubilación, prestaciones sociales o cuando estén comprometidas en daños causados por armas de fuego, vehículos oficiales, daños a reclusos, conscriptos o en conflictos tributarios o aduaneros<sup>44</sup>, (v) la creación de una categoría específica de providencias, las "sentencias de unificación de jurisprudencia", como decisiones con fuerza jurídica sui generis<sup>45</sup> respecto de todos los asuntos de competencia del Consejo de Estado, (vi) la afirmación del deber general, de toda autoridad administrativa de "tener en cuenta" las sentencias de unificación de jurisprudencia, sin perjuicio del carácter general de precedente de las demás decisiones del Consejo de Estado<sup>46</sup>, (vii) el establecimiento de un procedimiento administrativo y judicial especial para que las autoridades administrativas extiendan los efectos jurídicos de una sentencia de unificación de jurisprudencia a terceros que así lo soliciten y acrediten estar en las mismas situaciones fácticas y jurídicas<sup>47</sup>, (viii) el reconocimiento, en el marco del concepto de "legalidad" del Código General del Proceso, de la figura de la doctrina probable, como expresión de precedente vinculante, siendo deber de los jueces, cuando se aparten de esa doctrina "exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión"48 y (ix) la constitucionalidad condicionada del artículo 17 del Código Civil<sup>49</sup> que prohíbe a los jueces "proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general o reglamentaria", en el

\_

Cuando el juez se aparte de la doctrina probable, estará obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión. De la misma manera procederá cuando cambie de criterio en relación con sus decisiones en casos análogos.

Sobre el particular la Corte Constitucional sostuvo: "3.10.5. La Corte determinó que la doctrina probable y el precedente judicial, son dos vías distintas para darle fortaleza a la decisión judicial y con ello contribuir a la seguridad jurídica y al respeto por el principio de igualdad. Encontró que mientras la doctrina probable establece una regla de interpretación de las normas vigentes, que afecta la parte considerativa de la decisión judicial, el precedente judicial establece reglas sobre la aplicación de las normas en casos precisos, afecta por lo tanto aquellos casos cuyos hechos se subsuman en la hipótesis y están dirigidos a la parte resolutiva de la decisión.

<sup>&</sup>lt;sup>44</sup> Ley 1395 de 2010. Artículo 114.

<sup>&</sup>lt;sup>45</sup> Ley 1437 de 2011. Artículo 270.

<sup>&</sup>lt;sup>46</sup> Ley 1437 de 2011. Artículo 10. Deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia. Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.

<sup>&</sup>lt;sup>47</sup> Ley 1437 de 2011. Artículo 102 y 269.

<sup>&</sup>lt;sup>48</sup> Ley 1564 de 2012. Artículo 7º. Legalidad. Los jueces, en sus providencias, están sometidos al imperio de la ley. Deberán tener en cuenta, además, la equidad, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina.

<sup>3.10.6.</sup> La Corte reconoció que la utilización de estas fórmulas, lejos de atentar contra el artículo 230 de la constitución vienen a reforzar el sistema jurídico nacional y son perfectamente compatibles con la jerarquización de las fuentes que establece el postulado constitucional, puesto que la jurisprudencia no crea normas sino que establece las formulas en que el juez, tanto en la parte considerativa como en la parte resolutiva, debe llevar la normatividad a los casos concretos." Corte Constitucional. sentencia C-621 de 2015.

<sup>&</sup>lt;sup>49</sup> Código Civil. Artículo 17. Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas. Es, por tanto, prohibido a los jueces proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general o reglamentaria. Precepto legal cuya constitucionalidad fue controlada mediante sentencia C-461 de 2013 donde la Corte consideró, en síntesis, la constitucionalidad condicionada de la norma así: "la Corte declarará que esa norma es exequible bajo el entendido de que no impide la existencia de efectos *erga omnes* y extensivos en las sentencias que deciden sobre las acciones constitucionales que conforme al texto superior deban tener ese carácter, entre ellas las relativas a la observancia de los precedentes de los órganos de cierre (Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado en sus respectivos ámbitos), al igual que las demás decisiones judiciales que, excepcionalmente, generen un efecto oponible a terceras personas."

entendido de que ello no excluye el valor del precedente judicial y los efectos *erga omnes* de los fallos de constitucionalidad, lo que, sin duda, es una lectura de ruptura frente a la antigua *prohibition des arrêts de règlement*, prevista en esa norma.

4.9.- Así, ya puede advertirse como lugar común el contar al precedente judicial en el discurso de las fuentes del derecho y reconocerle una fuerza vinculante que hace radicar en toda autoridad destinataria el deber de seguirlo u obedecerlo, dando cuenta de lo que emerge de la práctica de los actores del sistema jurídico, a lo que habrá de agregarse, desde una perspectiva sustantiva, su aptitud para responder y garantizar bienes jurídicos valiosos como lo son la certeza, seguridad jurídica, el principio de igualdad, en términos formales, la función de descarga argumentativa y la universidad que subyace a toda decisión judicial que fija o sienta un precedente.

4.10.- Por la primera de esas notas características se parte de la idea según la cual las reglas, principios y valores que integran el ordenamiento no se presentan como autoevidentes en cuanto al exacto y preciso contenido normativo que de ellas emana, ora por existir significados ambiguos y en disputa de sus antecedentes fácticos condicionales de aplicación, por la vaguedad o anfibología que, también, puede surgir en la consecuencia jurídica prescrita, por tratarse de normas que en razón a su estructura exhiben enunciados jurídicos que ordenan proteger o asegurar en modo abstracto ciertos bienes jurídicos o en razón a la interacción dinámica del ordenamiento de donde pueden germinar situaciones de antinomia, colisión, derrotabilidad o invalidez normativa que, las más de las veces, demandan de precisiones y esfuerzos argumentativos en orden a clarificar el discurso a la luz del derecho vigente<sup>50</sup>.

4.11.- De aquella miscelánea, bien conocida por el jurista práctico, surgen insumos suficientes como para describir un escenario de inseguridad jurídica pues el derecho, así visto, no está en condiciones de satisfacer la demanda de estabilización de las expectativas normativas, proveer certeza y proteger bienes jurídicos tan valiosos como la dignidad humana y la libertad personal, pues subsiste una indeterminación de aquello que en una jurisdicción está prohibido, permitido u ordenado así como el marco competencial de acción de las autoridades<sup>51</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>50</sup> "la Jurisdicción administrativa contribuye a despejar las incertidumbres descritas. Su tarea de interpretación última y vinculante de las normas jurídicas, así como de armonización de unas disposiciones con otras, trasciende del caso concreto: cumple una función de clarificación y estabilización" SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. La teoría general del derecho administrativo como sistema. Madrid-Barcelona. Marcial Pons. 2003, pág. 63.

<sup>&</sup>lt;sup>51</sup> "En efecto, si cada juez, al momento de interpretar la ley, le confiere en sus sentencias un sentido diferente a una misma norma, sin que el propio ordenamiento consagre mecanismos orientados a tal unificación, habrá caos, inestabilidad e inseguridad jurídica. Las personas no podrían saber, en un momento dado, cuál es el derecho que rige en un país.". Corte Constitucional. Sentencia T-104 de 1993.

4.12.- En este punto el precedente judicial se asocia, a menudo, como la respuesta a esa legítima y justa expectativa social de conocer, con criterios verosímiles o de certidumbre, *lo que el derecho es* en un momento determinado y ello se satisface siempre, y en la medida en, que los jueces construyen, a partir de sus reflexiones argumentadas, normas fruto de los procesos interpretativos<sup>52</sup> que hacen de los materiales jurídicos vigentes, de ahí que la racionalidad de observar y seguir un precedente se justifique, en esencia, por la consecución de los fines de coherencia, uniformidad<sup>53</sup>, predictibilidad<sup>54</sup> y sistematicidad, razones éstas protegidas al amparo de la cláusula de Estado de Derecho.

4.13.- Esta misma consideración conecta, ahora vista desde la perspectiva de un derecho subjetivo, con la realización y concreción del principio de igualdad formal y la cláusula de igual protección ante la Ley toda vez que por vía del acatamiento del precedente judicial se satisface el mandato de igualdad de trato en su formulación más canónica y universal, esto es, "tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales", en cuya virtud se repudia el que el derecho provea respuestas disímiles (y hasta antagónicas) a mismas situaciones fácticas, en sus aspectos jurídicos relevantes.

4.14.- Desde esta aproximación se advierte que el precedente pasa a constituirse en una manifestación singularmente tutelada por el debido proceso (judicial o administrativo) que se concreta en el derecho subjetivo a que se aplique en su favor el derecho vigente acorde a las mismas consideraciones o razones expuestas en previas decisiones de la autoridad, esto es, la extensión de esas consideraciones jurídicas más

<sup>52</sup> "13. En efecto, corresponde a los jueces, y particularmente a la Corte Suprema, como autoridad encargada de unificar la jurisprudencia nacional, interpretar el ordenamiento jurídico. En esa medida, la labor creadora de este máximo tribunal consiste en formular explícitamente principios generales y reglas que sirvan como parámetros de integración, ponderación e interpretación de las normas del ordenamiento. Sin embargo, esta labor no es cognitiva sino constructiva, estos principios y reglas no son inmanentes al ordenamiento, ni son descubiertos por el juez, sino que, como fuentes materiales, son un producto social creado judicialmente, necesario para permitir que el sistema jurídico sirva su propósito como elemento regulador y transformador de la realidad social.". Corte Constitucional. Sentencia C-836 de 2001.

3) Conferir confianza y credibilidad de la sociedad civil en el Estado, a partir del principio de la buena fé de los jueces -art- 83 CP-.

- 5) Permitir estabilidad.
- 6) Otorgar seguridad jurídica materialmente justa.

7) Llenar el vacío generado por la ausencia de mecanismos tutelares contra providencias judiciales." Corte Constitucional. Sentencia C-104 de 1993

<sup>&</sup>lt;sup>53</sup> "Por otra parte, la uniformidad no es un fin despreciable. Ella busca garantizar los siguientes altos objetivos:

<sup>1)</sup> Asegurar la efectividad de los derechos y colabora así en la realización de la justicia material -art. 2° CP-.

<sup>2)</sup> Procurar exactitud.

<sup>4)</sup> Unificar la interpretación razonable y disminuye la arbitrariedad.

<sup>&</sup>lt;sup>54</sup> "La previsibilidad de las decisiones judiciales da certeza sobre el contenido material de los derechos y obligaciones de las personas, y la única forma en que se tiene dicha certeza es cuando se sabe que, en principio, los jueces han interpretado y van a seguir interpretando el ordenamiento jurídico de manera estable y consistente" Corte Constitucional. Sentencia C-836 de 2001.

notables al nuevo asunto conocido.

4.15.- Ahora, como el precedente judicial viene a erigirse en mecanismo reductor de la complejidad normativa al fijar el alcance, significado y sentido del ordenamiento aplicable en relación a cierto caso, esa situación impacta desde la perspectiva del razonamiento que debe seguir, ulteriormente, la autoridad que se enfrente a un nuevo caso pues ésta edificará la resolución del pleito sobre la base del criterio ya elaborado, sin ahondar en mayores disquisiciones más allá de identificar y reconocer ese criterio como precedente aplicable al *sub examine* según los contornos fácticos del asunto, toda vez que la carga y el desgaste justificativo de esa tesis jurídica ya fue abordada y resuelta en aquella oportunidad donde se enarboló tal línea de pensamiento.

4.16.- Finalmente, se encuentra la universalidad discursiva<sup>55</sup>, que impone a la autoridad ofrecer una solución al caso de modo tal que ésta resulte predicable o compatible con el postulado de una ley universal, o lo que es lo mismo, proveer una *ratio*, bajo el ideal regulativo de la respuesta correcta, que la autoridad estaría en condiciones de reiterarla en cualquier otro caso similar posterior. De este modo el precedente constituye garantía cualificada de objetividad en la aplicación del ordenamiento por cuanto quien sentó el criterio como quien debe sujetarse a él deben dar continuidad al mismo abstracción hecha de las situaciones circunstanciales o accidentales (no relevantes) que se configuren en cada caso, siendo un mecanismo de control de consistencia e imparcialidad de la actividad judicial.

4.17.- *Precedente horizontal y vertical*. Esas notas se pregonan, sin ambages, del precedente en su perspectivas vertical y horizontal, entendiendo por el primero aquel que se determina por vía de un sistema funcionalmente jerarquizado donde la Alta Corte de cierre funge como 'autoridad unificadora' y los demás jueces de la estructura institucional como receptores de ese criterio llamado a ser seguido y concretado en los asuntos de su conocimiento; al tiempo que el precedente horizontal vincula a la propia 'autoridad unificadora' y a todo juez cargándole el deber de respetar sus pronunciamientos previos<sup>56</sup>, es acá (en el horizontal) donde el deber de coherencia, el respeto al acto propio y el principio de universalidad operan con mayor rigor en aras de

<sup>55</sup> Cfr. ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica. 2° ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, pág. 262.

<sup>262.

56</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-049 de 2007; T-615 de 2016, T-233 de 2017. En la primera de estas decisiones la Corte ofrece cuatro razones para fundamentar la fuerza vinculante del precedente horizontal: "De acuerdo con la jurisprudencia Constitucional, el precedente horizontal también tiene fuerza vinculante en el ordenamiento jurídico colombiano, lo cual se explica al menos por cuatro razones: (i) en virtud del principio de igualdad en la aplicación de la Ley, que exige tratar de manera igual situaciones sustancialmente iguales; (ii) por razones de seguridad jurídica, ya que las decisiones judiciales deben ser "razonablemente previsibles"; (iii) en atención a los principios de buena fe y confianza legítima, que demandan respetar las expectativas generadas a la comunidad; y finalmente, (iv) por razones de "disciplina judicial", en la medida en que es necesario un mínimo de coherencia en el sistema judicial." Corte Constitucional. Sentencia T-049 de 2007.

estructurar la disciplina del precedente judicial.

4.18.- *Elementos.* De otro tanto, se hace necesario introducir algunas precisiones analíticas en torno al concepto de precedente<sup>57</sup>, donde el intérprete debe hacer una cuidadosa lectura de la decisión a los fines de deslindar la *ratio decidendi*, que en esencia es lo que constituye precedente, de los *obiter dicta*, contenidos en los pasajes de una resolución judicial, cuestiones estas que pasan a abordarse así.

4.19.- No todo pronunciamiento previo puede ser afirmado como precedente salvo que respecto de él se pueda corroborar, en relación con el nuevo caso, una similitud o analogía en sus variantes fácticas y jurídicas relevantes; pues ha sido sobre esa base casuística que el Juez del caso precedente formuló la *ratio decidendi* que operó como regla jurídica concreta que condujo a la resolución del contencioso.

4.20.- Así, dígase que en toda decisión puede hacerse abstracción de dos elementos: la exposición de las razones jurídicas con apoyo a las cuales se perfila la resolución del caso y la decisión. Este último dice relación con lo que se resolvió en un litigio concreto surtiendo efectos de cosa juzgada *inter partes*<sup>58</sup>, sin embargo, en el escenario de las consideraciones puede apreciarse que algunas de ellas vienen a construir y concretar, explícita o implícitamente, la norma jurídica o la premisa de la justificación interna que en opinión del Juez gobernó la solución del caso que tuvo ante sí. Esta es, sin duda, la parte más relevante de la decisión por cuanto ella es la que provee la regla necesaria y suficiente para fundamentar en derecho lo resuelto y ante su ausencia carecería de intelección y entendimiento intersubjetivo el fallo.

4.21.- Es ese referente o apartado lo que viene a ser *ratio decidendi* o la razón de la decisión, la cual –para su debida comprensión- debe ser evaluada a la luz de los hechos del caso donde se *pronunció*, pues no se pierda de vista que esa *ratio* fue construida al amparo de la cuestión fáctica relevante que el juez tuvo ante sí a la hora de sentenciar la causa<sup>59</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>57</sup> "De allí que se pueda definir el precedente aplicable, como aquella sentencia anterior y pertinente cuya ratio conduce a una regla – prohibición, orden o autorización – determinante para resolver el caso, dados unos hechos y un problema jurídico, o una cuestión de constitucionalidad específica, semejantes"" Corte Constitucional. Sentencia T-292 de 2006. "Por precedente se ha entendido, por regla general, aquella sentencia o conjunto de sentencias que presentan similitudes con un caso nuevo objeto de escrutinio en materia de (i) patrones fácticos y (ii) problemas jurídicos, y en las que en su ratio decidendi se ha fijado una regla para resolver la controversia, que sirve también para solucionar el nuevo caso" Corte Constitucional. Sentencia T-360 de 2014.

<sup>&</sup>lt;sup>58</sup> Sin perjuicio de los efectos erga omnes que se desprenden de los juicios de control abstracto de inconstitucionalidad, de simple nulidad o control inmediato de legalidad.

<sup>&</sup>lt;sup>59</sup> "lo trascendente en el concepto de *ratio decidendi* es también, y de manera significativa, el componente fáctico que hubiere motivado y llevado a la decisión correspondiente. Tan solo configurará la ratio lo que corresponda en Derecho en relación con los hechos involucrados en la decisión; lo demás, no es ni puede considerarse técnicamente como verdadera ratio, en cuanto no corresponde al análisis jurídico obvio y necesario para resolver en derecho lo que corresponda en relación con los hechos del caso." SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. La fuerza de los precedentes administrativos en el sistema jurídico del Derecho positivo colombiano. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 2010, pág. 25.

- 4.22.- De ahí que la *ratio* es ese elemento que asocia, bajo un criterio medianamente genérico, un específico universo de casos con una resolución jurídica determinada; recayendo dentro de esa noción el sentido que se atribuye, por vía interpretativa, a ciertos textos jurídicos cuando ello sea objeto de debate en un juicio, su significado haya sido disputado o controvertido y constituya razón para resolver el asunto.
- 4.23.- También cabe advertir que bien pueden hacer presencia dos *rationes decidendi* en un mismo pronunciamiento, lo que ocurrirá cuando la resolución se ha apoyado en dos argumentos o premisas internas autónomas e independientes entre sí que convergen, a la vez, a justificar el sentido de la decisión, siempre que así se desprenda de la redacción del proveído. Cuando tal cosa acontezca, esas dos razones deben ser consideradas por el intérprete al momento de comprender el sentido argumentativo del fallo, pues si excluye uno u otro sentido, no haría más que cercenar la expresión motiva del precedente, privándolo del alcance que se le quiso imprimir.
- 4.23.- Así concebido el asunto, son tres las labores que deben ser asumidas cuando se pretende afirmar la existencia de un precedente en un caso concreto: (i) interpretar e identificar la base factual relevante del caso precedente, (ii) hacer un juicio de igualación o comparación de los hechos de ambos casos, anterior y actual, y (iii) interpretar las consideraciones relevantes expuestas en el fallo precedente y extraer de allí la *ratio decidendi* como subregla de derecho que debe ser aplicada en el nuevo caso abordado. Una vez configurados esos elementos el precedente despliega su fuerza gravitacional como norma llamada a controlar la resolución del nuevo caso.
- 4.24.- Siendo cierto lo dicho hasta ahora, se sigue que no hay lugar a reconocer la condición de *ratio decidendi* a aquellas proposiciones que fueron planteadas por el juez bajo escenarios hipotéticos, especulativos o que no fueron acreditados en el juicio o también respecto de aquellas disquisiciones generales que no se vieron concretadas para la resolución del caso, pues, una vez más, lo relevante del concepto que se está abordando es su capacidad o aptitud para reflejar una adecuada simbiosis entre *factum* e *iure* de un modo necesario, concreto y específico.
- 4.25.- Esto último abre paso a la noción antagónica a la *ratio decidendi*, los llamados *obiter dicta* o dichos de paso, que refieren a pasajes o argumentos de una providencia que carecen de esa conexión directa con el sentido del fallo; bien pueden ser erudiciones o expresiones teóricas que tienen vinculación mediata, lejana o cuanto menos accidental con lo resuelto, de manera que su presencia o ausencia en el proveído deviene en irrelevante para la justificación o comprensión del caso. De estos

pasajes sí puede predicarse una fuerza apenas persuasiva.

4.26.- Apartamiento legítimo. Finalmente, la vinculatoriedad del precedente no se concibe en términos absolutos; al contrario, las herramientas del *overruling* (cambio o revocatoria del precedente) y *distinguishing* (distinción), dan fe de la legítima opción con que cuenta el Juez de apartarse de un precedente establecido siempre que satisfaga, en uno y otro caso, una suficiente y ponderada carga argumentativa, como lo pregona, la jurisprudencia<sup>60</sup> y el inciso tercero del artículo 103 de la Ley 1437 de 2011, que enseña: "En virtud del principio de igualdad, todo cambio de la jurisprudencia sobre el alcance y contenido de la norma, debe ser expresa y suficientemente explicado y motivado en la providencia que lo contenga".

4.27.- La primera de las anotadas nociones, *overruling*, constituye auténtico reconocimiento de que en ocasiones el principio de seguridad jurídica está llamado a ceder frente a la justicia y el derecho sustancial, como otros de los bienes jurídicos valiosos en que se funda toda organización política. Es gracias a una ponderación de esos bienes contrapuestos que se llega a concluir que cuando *i*) se genere la convicción de que el criterio precedente se ha apoyado en una errada interpretación o apreciación de los principios del ordenamiento jurídico o *ii*) se advierta que en razón a los profundos cambios sociales, políticos, culturales o económicos el precedente ahora se revela inadecuado para responder satisfactoriamente a las actuales expectativas; se reconoce como posible cambiar o revocar ese criterio por otro que sí satisfaga una u otra de las circunstancias anotadas.

4.28.- Dentro de esta misma figura de cambio del precedente tiene lugar la modificación o revocatoria por tránsito normativo relevante, por cuanto los nuevos preceptos normativos pueden impactar la base justificatoria sobre la cual se asentaba una *ratio decidendi*. En suma, la revocatoria y sustitución de un precedente obedece a cuestiones relativas a interpretación errónea del derecho o a radicales mutaciones de la realidad social o jurídica.

4.29.- De otra parte, en virtud del *distinguishing*, el juez considera que el criterio del caso precedente no debe ser seguido toda vez que el nuevo asunto que tiene ante sí no recae dentro del radio de acción de la *ratio decidendi* debido a diferencias fácticas relevantes entre el caso que ahora se considera respecto a aquel en el que se fijó el criterio precedente, lo que impide otorgarles un *"trato igual"*, inclusive acudiendo a un ejercicio de analogía, razón por la cual se impone proveerle una solución jurídica diferente a la plasmada en el criterio precedente. En este mismo contexto, donde se respeta y acata el precedente, hacen presencia técnicas más específicas donde el juez modula el radio de acción de la subregla de derecho legítimamente bien sea restringiendo (*narrowing*) o ampliando (*broadening*) el alcance de una *ratio decidendi* previamente fijada.

 $<sup>^{60}</sup>$  Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-836 de 2001. Especialmente la exequibilidad condicionada dispuesta al artículo  $4^{\circ}$  de la Ley 169 de 1896.

- 5.- "lo condeno por haber desconocido una directriz jurídica, para entonces, inexistente". El cambio o revocatoria de precedentes y sus efectos en el tiempo.
- 5.1.- *Generalidades*. Si el precedente se muestra como respuesta plausible a la situación de incertidumbre normativa del ordenamiento, forzoso es exigir de él la satisfacción de demandas de estabilidad<sup>61</sup>, esto es, la continuidad en el tiempo de las interpretaciones de los jueces, y de previsibilidad o conocimiento objetivo de la norma jurídica y sus lecturas, pues una vez fijado un criterio jurisprudencial, los partícipes de la práctica jurídica (jueces, litigantes, funcionarios administrativos, ciudadanos) han de orientar sus comportamientos y prever las consecuencias de los mismos a la luz de la regla que se identifica como precedente en tanto legítima expectativa normativa.
- 5.2.- Sin embargo, ese panorama tampoco puede implicar una petrificación del derecho, pues éste, a fin de mantener su conexión vívida con la realidad debe ser flexible y dinámico, de ahí que se reconozcan, como se dijo antes, algunas circunstancias en las que resulta legítimo el cambio o revocatoria de precedente<sup>62</sup>, siempre que se satisfaga una carga argumentativa suficiente.
- 5.3.- Entonces, si ya se tiene averiguado que una Alta Corte puede cambiar la orientación de su jurisprudencia y que, en ocasiones, ello es necesario, lo que debe indagarse es el efecto que debe reconocerse a esa situación de transición jurídica o, dicho de otra manera, ¿cómo debe ser el trato que la Autoridad debe dispensar a quienes acuden a la justicia en un contexto histórico en el cual han seguido una directriz jurídica que luego resulta modificada por esa misma autoridad judicial?, ¿Habrá lugar a predicar alguna protección a quien actuó amparado por un criterio jurisprudencial ya revaluado por el Juez al momento de desatar el litigio? o acaso el interés de actualizar y dinamizar el derecho impone hacer abstracción de esas situaciones jurídicas particulares que han caído en esa etapa de transición.
- 5.4.- Esta Sala considera que una razonable aproximación a esa problemática desde un *enfoque basado en derechos* impone asumir una premisa fundamental: las buenas razones que impulsan el progreso del pensamiento jurídico, por la vía del cambio de jurisprudencia, no justifican que a costa de tal evolución sea legítimo y proporcional el sacrificio de los derechos de quienes obraron en el pasado movidos por lo que mandaba el antiguo precedente. Así, aun cuando no existe un derecho subjetivo de persona alguna de impedir la evolución y cambio de las soluciones que provea el derecho de fuente jurisprudencial, sí es razonable demandar que tales mutaciones sean respetuosas de los derechos subjetivos de los justiciados.
- 5.5.- Entonces, la garantía de los derechos individuales en el marco de las actuaciones administrativas y jurisdiccionales lleva a afirmar por regla general que todo cambio de jurisprudencia que altera de manera sustantiva el contenido y alcance de las competencias estatales, de los derechos de las personas o los mecanismos de protección de los mismos, necesariamente debe ser adoptado e interpretado con

<sup>&</sup>lt;sup>61</sup> "Un juez, un funcionario administrativo, un abogado o un jurista se ve confrontado permanentemente con el problema de la incertidumbre de los contenidos del sistema jurídico. A fin de que la vida social no caiga en el caos, es necesario disipar la incertidumbre, las regulaciones tienen que tener algún tipo de contenido, cuando especifican los contenidos del sistema jurídico, tanto los funcionarios como los científicos tienen que lograr un equilibrio entre dos objetivos que apuntan en direcciones opuestas. Por una parte, tienen que respetar la estabilidad y, por otra, tienen que procurar la flexibilidad requerida por las circunstancias" AARNIO, Aulis. Lo racional como razonable. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, Pág. 32.

<sup>62</sup> "La cuestión de cuál debe ser el grado de afianzamiento de los precedentes para resistir la renovación es una instancia del

<sup>&</sup>lt;sup>62</sup> "La cuestión de cuál debe ser el grado de afianzamiento de los precedentes para resistir la renovación es una instancia del problema más general acerca de las transiciones jurídicas. El derecho debe ser mutable para que se pueda adaptar a nuevas circunstancias e información, y para purificarse de errores del pasado. Pero el derecho también debe ser relativamente estable y predecible, de tal manera que la sociedad pueda planificar su vida diaria." ALEXANDER, Larry. La vinculación del precedente, su alcance y su fuerza: un breve análisis de sus posibilidades y sus virtudes. En: (Bernal Pulido y Bustamente. Eds.,) Fundamentos filosóficos de la teoría del precedente judicial. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, pág. 174.

efecto prospectivo o a futuro, esto es, que de manera ínsita se encuentra envuelto en él su radio de acción temporal o *ratione temporis* gobernando las situaciones problemáticas que se susciten a partir de la fecha posterior a su adopción, lo que excluye cualquier suerte de aplicación retroactiva<sup>63</sup> del nuevo criterio jurisprudencial<sup>64</sup>.

5.6.- O, lo que es lo mismo, todo caso donde el juez abandona una solución previamente acogida en anteriores pronunciamientos y que conduce a la adopción de una nueva contraria que altera la tendencia sobre la cual se venían resolviendo pleitos similares, lleva consigo una regla de modulación temporal de transición en cuya virtud se considera que la nueva posición se acoge sin perjuicio del estatus jurídico de las situaciones consolidadas surtidas antes de ese pronunciamiento.

5.7.- Y es que si la ley y en general cualquier precepto o criterio jurídico normalmente no pueden regular de manera retroactiva hechos anteriores a su vigencia, a esa elemental consideración no escapa la jurisprudencia, pues si de esta se predica su carácter de fuente de derecho vinculante, claro resulta que sus enunciados (*ratio decidendi*), que son auténticas normas o directrices jurídicas, están llamadas a correr esa misma suerte. Con otras palabras, si la aspiración más elemental del orden jurídico es la de pretender autoridad y orientar el comportamiento humano conforme al derecho va de suyo que la preexistencia de la exigencia de conducta jurídicamente relevante es presupuesto elemental de racionalidad del sistema jurídico.

5.8.- Como se dijo, la razón de ser de este planteamiento está basado en un enfoque de derechos, pues resulta evidente que la prohibición de aplicación retroactiva de la jurisprudencia viene a estar respaldada por el debido proceso y las garantías judiciales, la máxima de libertad personal, el principio de igualdad y la confianza legítima, cuestiones éstas que pasan a revisarse enseguida.

5.9.- Garantías judiciales. A la luz de la Convención Americana de Derechos Humanos las garantías judiciales recogidas en el artículo 8.1 CADH protegen los elementos básicos del debido proceso legal<sup>65</sup> y, entre otras de las posiciones allí aseguradas, se encuentra el derecho de toda persona a ser oída, lo que entraña un auténtico derecho de acceso a la justicia que involucra "asegurar el acceso al órgano competente para que determine el derecho que se reclama en apego a las debidas garantías procesales"<sup>66</sup> [en su faceta formal o procedimental] y "que el Estado garantice que la decisión que se produzca a través del procedimiento satisfaga el fin para el cual fue concebido. Esto último no significa que siempre deba ser acogido sino que se debe garantizar su capacidad para producir el resultado para el

<sup>63</sup> Entendiendo por norma retroactiva aquella que trae nuevas consecuencias jurídicas a sucesos ocurridos antes de su existencia.

Un aumento general en la apelación a leyes para subsanar irregularidades jurídicas pasadas representa un deterioro en aquella forma de moralidad jurídica sin la cual el derecho mismo no puede existir. La amenaza de tales leyes pesa sobre todo el sistema jurídico y le arrebata algo de su significado a cada ley que está en los libros. Y ciertamente una amenaza general de este tipo se halla implícita cuando el gobierno está dispuesto a usar tal estatuto cuando el gobierno está dispuesto a usar tal estatuto para transformar en una ejecución legal aquellos que fue simplemente un asesinato en el momento en el que ocurrió" FULLER, Lon. El positivismo y la lealtad frente al derecho, una respuesta al Profesor Hart. En: El debate Hart-Fuller (HART & FULLER), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016, pag. 126-127.

65 "28. Este artículo 8 reconoce el llamado "debido proceso legal", que abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar

<sup>65</sup> "28. Este artículo 8 reconoce el llamado "debido proceso legal", que abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial." Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987, párr. 28.

66 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Barbani Duarte y Otros Vs Uruguay. Sentencia de 13 de octubre de 2011, párr. 122.

<sup>64 &</sup>quot;Diríamos que es normal que una ley opere hacia el futuro, y que puede discutirse que no debería operar de modo distinto; pero habría cierta falta de persuasión oculta en la afirmación de que la retroactividad viola la propia naturaleza del derecho. No obstante, basta con imaginar un país en el que todas las leyes sean retroactivas para ver que la retroactividad presenta un problema real para la moralidad interna al derecho. si suponemos que hay un monarca absoluto que permite que su reino exista en un estado de cosas de anarquía permanente, difícilmente diríamos que podría crear un régimen de derecho simplemente promulgando leyes para subsanar irregularidades pasadas que confieren legalidad a todo lo que ha pasado hasta el presente y anunciando su intención de proferir leyes similares en el futuro cada seis meses.

que fue concebido"<sup>67</sup> [faceta material], al tiempo que la jurisprudencia constitucional ha replicado similar entendimiento el enfatizar que la efectividad de la tutela judicial "no se circunscribe a la existencia de mecanismos nominales para poner en marcha la administración de justicia, sino que exige un esfuerzo institucional para restablecer el orden jurídico y garantizar la prevalencia del derecho sustancial"<sup>68</sup>

5.10.- Lo anterior significa que en el marco de todos los procedimientos, jurisdiccionales o no, que se adelanten por las autoridades estatales es deber indiscutible la preservación de las garantías procesales, de orden material, que permitan, en la mayor medida de las posibilidades, la defensa de las posiciones jurídicas de quienes se han involucrado en uno de tales procedimientos<sup>69</sup>.

5.11.- Por consiguiente, si el acceso a la justicia implica un derecho en virtud del cual se establecen formas, órganos y recursos dirigidos a garantizar a la persona la posibilidad efectiva de acudir ante la autoridad para obtener por su conducto la protección de los derechos y la defensa del orden jurídico, resulta bien entendido el deber de esa autoridad de adjudicar los asuntos puestos a su conocimiento conforme al derecho vigente, lo que inexorablemente implica la consideración de los criterios jurisprudenciales preexistentes a los hechos sobre los cuales deben dictar una resolución en derecho; pues si dentro de aquellas garantías se tutela el derecho a la obtención de una decisión suficiente motivada<sup>70</sup>, claro resuelta que se viola tal derecho si se sorprende a los sujetos de la causa con la aplicación de un criterio jurídico de fuente jurisprudencial posterior a los hechos de la controversia, pues se trataría de imponer un criterio jurídico temporalmente inaplicable, por lo expuesto.

5.12.- Libertad. De otro tanto, en cuanto hace a la libertad, se sabe que ésta se cuenta entre los bienes más preciados sobre los que se funda toda organización política contemporánea, de ahí que buena parte de los arreglos institucionales deban su razón de ser a la protección de posiciones jurídicas de *libertad*, bien entendido como esfera negativa de no interferencia de los demás en las acciones propias; como la posibilidad de ser protagonista del régimen jurídico al que se está sujeto y como el reconocimiento del espacio afirmativo que posibilita la realización de lo que se desea<sup>71</sup>. En suma, es la afirmación de un

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido sobre el derecho de libertad personal: "En sentido amplio la libertad sería la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. (...) La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana. En efecto, del Preámbulo se desprende el propósito de los Estados Americanos de consolidar "un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre", y el reconocimiento de que "sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento de temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos". De esta forma, cada uno de los derechos humanos protege un aspecto de la libertad del individuo". Corte

<sup>&</sup>lt;sup>67</sup> Ibíd., párr. 122.

<sup>&</sup>lt;sup>68</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-086 de 2016.

<sup>&</sup>lt;sup>69</sup> Puede verse: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs Trinidad y Tobago. Sentencia de 21 de junio de 2002. Puede verse: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Castillo Páez vs Perú, sentencia de 3 de noviembre de 1997.

<sup>70</sup> "El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el

<sup>&</sup>lt;sup>70</sup> "El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad a las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática. Por tanto, las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias. En este sentido, la argumentación de un fallo y de ciertos actos administrativos deben permitir conocer cuáles fueron los hechos, motivos y normas en que se basó la autoridad para tomar su decisión, a fin de descartar cualquier indicio de arbitrariedad" (Resaltado propio) Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Chocrón Chocrón Vs Venezuela. Sentencia de 1° de julio de 2011, párr. 118. Reiterado en Caso Maldonado Ordoñez Vs Guatemala. Sentencia de 3 de mayo de 2016, párr. 87. En similar sentido véase Corte Constitucional. Sentencia T-463 de 2013; Sentencia SU-659 de 2015. No obstante, este supuesto está recogido en la Sentencia SU-448 de 2011 (reiterada en la SU-427 de 2016) como una sub-clase del supuesto genérico de "norma no aplicable". Donde la Corte Constitucional reconoce como defecto sustantivo el haberse decidido un asunto con apoyo en una norma que no se encontraba vigente.

<sup>71</sup> "14. (...) El núcleo esencial de la libertad personal está constituido, de una parte, por la posibilidad y el ejercicio positivo de

<sup>&</sup>lt;sup>71</sup> "14. (...) El núcleo esencial de la libertad personal está constituido, de una parte, por la posibilidad y el ejercicio positivo de todas las acciones dirigidas a desarrollar las aptitudes y elecciones individuales que no pugnen con los derechos de los demás ni entrañen abuso de los propios y, de otra, por la proscripción de todo acto de coerción física o moral que interfiera o suprima la autonomía de la persona sojuzgándola, sustituyéndola, oprimiéndola o reduciéndola indebidamente." Corte Constitucional. Sentencia T-301 de 1993.

ámbito tutelado en cuya virtud le asiste al individuo un poder de autogobierno, elección y determinación personal libre de injerencias arbitrarias o injustificadas del Estado o terceros<sup>72</sup>.

- 5.13.- Así, se advierte que el cambio retroactivo de precedentes afecta de manera directa y grave la libertad de la persona, entendida como la autónoma ordenación del decurso de sus actividades vitales según los pareceres individuales. Si se admite que ese ideal de autonomía se realiza en la medida en que los individuos cuentan con suficiente información normativa relevante, certera y accesible para trazar su plan de vida y obrar conforme al marco de las expectativas normativas que han captado del ordenamiento, una aplicación retroactiva viola tal libertad al envolver la aplicación de consecuencias jurídicas no previsibles a hechos anteriores respecto de los cuales la persona no puede reaccionar y defrauda su convicción de haber obrado conforme a derecho, pues un cambio retroactivo impide tener certeza sobre el estatus jurídico de sus actos pasados.
- 5.14.- Defraudación de la confianza legítima. En virtud de la confianza legítima, que tiene su fundamento sustantivo en el postulado constitucional de buena fe, el respeto al acto propio y a la seguridad jurídica, se tutelan las expectativas que objetiva y razonablemente fundadas han advertidos los terceros a partir de los actos (hechos, omisiones, decisiones) de las autoridades estatales y que presentan vocación de estabilidad<sup>73</sup>. Por consiguiente, alteraciones imprevisibles o intempestivas contrarias a esa conducta previa pueden afectar de manera antijurídica la situación de quienes se han atenido y ajustado su proceder al patrón uniforme de conducta previo.
- 5.15.- Así, como a todo sujeto que obra conforme a un precedente le asiste la expectativa de que las consecuencias de tales actos surtidos y su juzgamiento se lleve a cabo conforme al derrotero jurisprudencial vigente para cuando ocurrieron tales, resulta bien entendido que la aplicación de un precedente retroactivo defrauda esa confianza, habida consideración que por esa vía la autoridad juzga los hechos o actos surtidos a partir de un criterio imprevisible e inesperado para quienes, en su momento, obraron conforme a las pautas jurisprudenciales vigentes para entonces.
- 5.16.- Igualdad. De análoga manera, se tiene averiguado que la igualdad de trato se erige en uno de los principios fundamentales de todo sistema jurídico contemporáneo. Prueba de ello es su amplio y profuso reconocimiento en los ámbitos constitucionales, en el escenario convencional de los Derechos Humanos y su adscripción como norma que ha ingresado en el dominio de la categoría de jus cogens: "101. (...) [E]l principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al jus cogens, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico"<sup>74</sup>.

Interamericana de Derechos Humanos. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs Ecuador. Sentencia de 21 de noviembre de

<sup>74</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Condición jurídica y Derechos de los migrantes indocumentados, párr. 97-101. En el mismo sentido: Caso Yatama Vs Nicaragua, Sentencia de 23 de junio de 2005, párr. 184; Caso Comunidad Xámok Kásek Vs Paraguay, Sentencia de 24 de agosto de 2010, párr. 269; Caso Atala

<sup>2007,</sup> párr. 52. <sup>72</sup> "La esencia del Estado de Derecho consiste en garantizar, por medio del Derecho, la libre determinación de las personas. Las tareas principales del Estado de Derecho son: el reconocimiento y delimitación de los ámbitos privativos de los individuos; la garantía de esos ámbitos y su cohonestación con los demás a partir de los postulados elementales de justicia; y, por último, la articulación de procedimientos jurídicos que conduzcan a la racionalidad." SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. La teoría general del derecho administrativo como sistema. Madrid-Barcelona. Marcial Pons. 2003, pág. 52.

<sup>&</sup>quot;la aplicación del principio de confianza legítima, presupone la existencia de expectativas serias y fundadas, cuya estructuración debe corresponder a actuaciones precedentes de la administración, que, a su vez, generen la convicción de estabilidad en el estadio anterior. Sin embargo, de ello no se puede concluir la intangibilidad e inmutabilidad de las relaciones jurídicas que originan expectativas para los administrados. Por el contrario, la interpretación del principio estudiado, debe efectuarse teniendo en cuenta que no se aplica a derechos adquiridos, sino respecto de situaciones jurídicas modificables, sin perder de vista que su alteración no puede suceder de forma abrupta e intempestiva, exigiéndose por tanto, de la administración, la adopción de medidas para que el cambio ocurra de la manera menos traumática para el afectado". Corte Constitucional. Sentencia T-566 de 2009.

5.17.- La igualdad se cuenta, como derecho básico de las personas y como meta-criterio que dice relación no solo con el deber formal de aplicación *igual* del derecho a quienes están sujetos a la jurisdicción [que el sistema de normas jurídicas se aplique imparcialmente o con la misma regularidad a todos], sino también como fundamento o estructura que refiere a la distribución y asignación de derechos básicos en términos iguales, en este último sentido, se trata ya de una exigencia de justicia en términos sustantivos [la legítima expectativa de que se asignen los bienes, cargas y derechos básicos de manera justa y equitativa, en atención a dignidad intrínseca del ser humano<sup>75</sup>].

5.18.- De lo anterior, se sigue que se incurre en un claro caso de violación a este principio cuando se otorga un tratamiento judicial diferenciado a casos (ocurridos en el mismo contexto histórico) donde uno de ellos es adjudicado bajo el criterio jurisprudencial antiguo, vigente para entonces, y el otro es resuelto bajo la nueva orientación aplicada a sucesos anteriores a su expedición; así planteada la trasgresión a este principio dice relación con la aplicación injustificada de parámetros normativos diferentes a los preexistentes al momento de los hechos relevantes del asunto.

5.19.- Razones Convencionales. Sistema Interamericano de Derechos Humanos. La Sala estima central traer a colación, en apoyo de lo expuesto, lo considerado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Narciso Palacios c/ Argentina<sup>76</sup>, relativo al rechazo de una demanda contencioso-administrativa donde la razón de la decisión tuvo por fundamento una interpretación jurisprudencial surgida con posterioridad a la fecha de interposición de la demanda.

5.20.- Expuso la Comisión que el derecho a la tutela judicial efectiva puede "traducirse en la garantía de la libre entrada a los tribunales para la defensa de los derechos e intereses frente al poder público (...)" y constató que el caso sub judice la decisión desfavorable no se debió a omisión o negligencia de la parte sino al cambio jurisprudencial aplicado retroactivamente, por lo que concluyó que Argentina había incumplido la obligación de reconocer y garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva y el debido proceso, garantizados por los artículos 8 y 25 de la CADH.

5.21.- La Comisión, entre otros argumentos relevantes, consideró:

"60. En efecto, como ya ha observado la Comisión *ut- supra*, el rechazo de su demanda tuvo como fundamento una interpretación jurisprudencial posterior a la fecha de la interposición de su demanda, la cual le fue aplicada en forma retroactiva a su caso particular. Por tanto, no se trató de una omisión o ligereza de su parte sino de un cambio drástico en la interpretación de la normativa que las cortes aplicaron retroactivamente en su perjuicio.

61. Es precisamente este tipo de irregularidades las que trata de prevenir el derecho a la tutela judicial efectiva, garantizado en el artículo 25 de la Convención, el cual impide que el acceso a la justicia se convierta en un desagradable juego de confusiones en detrimento de los particulares. Las garantías a la tutela judicial efectiva y al debido proceso imponen una interpretación más justa y beneficiosa en el análisis de los requisitos de admisión a la justicia, al punto que por el principio *pro actione*, hay que extremar las posibilidades de interpretación en el sentido más favorable al acceso a la jurisdicción.

Riffo y Niñas Vs Chile, Sentencia de 24 de febrero de 2012, párr. 79.

<sup>&</sup>lt;sup>75</sup> "55. La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona (...)" Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización; párr. 55.

<sup>&</sup>lt;sup>76</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Caso Narciso Palacios c/ Argentina. Informe No. 105/99. Caso 10.194. 29 de septiembre de 1999.

- 62. El Estado argentino no logró demostrar ante la Comisión que la falta de agotamiento de la vía administrativa en que incurrió el peticionario se debió a su propia negligencia, sino más bien a una interpretación judicial que le fue aplicada de manera retroactiva. En este sentido, se observa que el principio de la seguridad jurídica impone una mayor claridad y especificidad en los obstáculos para acceder a la justicia.
- 63. Al mismo tiempo, el alcance de este derecho fundamental a la tutela judicial efectiva permite evitar que un nuevo criterio jurisprudencial se aplique a situaciones o casos anteriores (...)"<sup>77</sup> (Resaltado propio)
- 5.22.- Criterio del Pleno Contencioso del Consejo de Estado. Ante la Sala Plena de esta Corporación fue llevado un asunto relativo a la identificación de la acción contenciosa idónea que debía proponerse por el interesado en casos relativos a la liquidación y monto del derecho de cesantías y reconocimiento de sanción moratoria o las reclamaciones de pago de cesantías y sanción moratoria, en razón a la disparidad de criterios jurisprudenciales existentes en las diferentes Secciones de esta Corporación, dado que se habían propuesto, para la misma temática, las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, ejecutiva y de reparación directa.
- 5.23.- En el fallo que dirimió la controversia, que data de 27 de marzo de 2007<sup>78</sup>, la Sala fijó como criterio jurisprudencial unificado lo siguiente: (i) la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es la vía procesal conducente para controvertir los actos de reconocimiento de las cesantías definitivas, (ii) ese acto de reconocimiento constituye título ejecutivo y, entonces, puede ser reclamado por conducto de la acción ejecutiva, (iii) la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es procedente para controvertir el acto de reconocimiento de sanción moratoria, si hay acuerdo sobre su contenido y no se ha realizado el pago la acción idónea es la ejecutiva; (iv) si existe discusión sobre los elementos que conforman el título ejecutivo, debe acudirse a la jurisdicción contenciosa para que defina el tema, de lo contrario, la ejecución puede ser adelantada ante la jurisdicción ordinaria.
- 5.24.- No obstante, lo relevante de este fallo radica en la inclusión de una cláusula expresa<sup>79</sup> en la parte considerativa donde la Sala realizó una auténtica modulación en el tiempo de los efectos de la nueva posición jurisprudencial unificada en relación con los procesos que se encontraban, para entonces, en trámite ante la justicia, para concluir que los demandantes que hubieren impetrado la acción de reparación directa con anterioridad a la fecha de emisión de ese fallo "deben continuar con el trámite iniciado hasta su culminación, conforme a las tesis jurisprudenciales correspondientes. Por lo tanto la presente sentencia ha de ser criterio jurisprudencial a partir de su ejecutoria".
- 5.25.- Nótese cómo con este pronunciamiento se toma conciencia que los cambios jurisprudenciales introducidos no tienen la entidad suficiente como para hacer desaparecer *ipso iure* los efectos jurídicos de la jurisprudencia superada, pues ante el cambio jurisprudencial drástico acogido (que excluía a la acción de reparación como medio idóneo para obtener el pago de las cesantías o la sanción moratoria y llevaría a dictaminar fallos inhibitorios por indebida escogencia de la acción) la Sala, en salvaguarda de la seguridad jurídica y el acceso a la administración de justicia, garantizó el derecho de quienes, movidos por uno de los criterios jurisprudenciales preexistentes, formularon sus demandas ante la jurisdicción bajo el mecanismo procesal de la acción de reparación directa a fin de evitarles perjuicios en sus derechos.

<sup>78</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 27 de marzo de 2007, Exp. 76001-23-31-000-2000-02513-01 (IJ).

<sup>&</sup>lt;sup>77</sup> Ibíd., párr. 60-63.

<sup>&</sup>lt;sup>79</sup> Un acápite titulado "Efectos de la presente sentencia", sin numeración.

5.26.- Criterio de la Corte Constitucional. En cumplimiento de su función constitucional de instancia revisora de las acciones de tutela la Corte Constitucional dictó la Sentencia T-416 de 2016<sup>80</sup> en un asunto en el cual se censuraba como violatorio de derechos fundamentales un fallo del14 de noviembre de 2013<sup>81</sup> dictado por la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado caso relativo a la naturaleza del acto (si se consideraba de trámite/preparatorio o definitivo) que ordena la suspensión del cargo de un funcionario público dictado por un Contralor en el marco de procedimientos fiscales, penales y disciplinarios y la posibilidad de que el mismo fuera susceptible de escrutinio judicial ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

5.27.- La Corte en el citado fallo resolvió tutelar los derechos al advertir que la decisión atacada fue dictada sin adecuada motivación (por cuanto no abordó uno de los puntos planteados en la apelación por la parte accionante que, precisamente, refería a que se aplicara el precedente judicial vigente al momento de interposición de la demanda) y con desconocimiento del precedente. Apoyó esa decisión el Tribunal Constitucional en el hecho de que el fallo controvertido omitió abordar el cargo planteado en la apelación sin haber considerado que para la época en que se incoó (abril de 2006) y admitió (octubre de 2006) la acción la tesis jurisprudencial vigente admitía el control judicial de los prenotados actos de suspensión de funcionarios<sup>82</sup>, ciñéndose el fallo a decretar la inhibición para decidir el fondo del asunto, lo que fue reprochado por el fallo en razón a que este tipo de decisiones (inhibitorias) son excepcionales y deben contener un grado de argumentación que revele que el juez no contaba con otra alternativa para decidir el asunto, lo que no se satisfizo en esta causa.

5.28.- Consideró la Corte, inter alia, lo siguiente sobre este tópico:

"(...) [P]ara esta Corte, no es viable sorprender al administrado con un cambio de jurisprudencia que traiga como consecuencia la expedición de una sentencia inhibitoria que, sin lugar a dudas, desconoce el acceso efectivo a la administración de justicia y por ende los principios de confianza legítima y seguridad jurídica. Si un órgano de cierre, en este caso el Consejo de Estado, fija en un momento determinado una tesis jurisprudencial sobre la acción idónea para reclamar un derecho y sobre la naturaleza jurídica de los actos que suspenden a un funcionario público en virtud de la facultad constitucional otorgada a los contralores, no es razonable asaltar en su buena fe al demandante con un cambio imprevisto de criterio jurisprudencial, más aún, si en el presente caso la litis ya se encontraba trabada y la primera instancia decidió el fondo del asunto.

En suma, la sentencia cuestionada fue proferida sin una adecuada motivación porque no resolvió todos los puntos planteados en el recurso de apelación, esto es, no abordó el punto referido a si es admisible que una autoridad judicial aplique de manera retroactiva un precedente jurisprudencial cuya consecuencia sea la expedición de una providencia inhibitoria, asaltando la confianza de la demandante quien fue afectada con la rectificación jurisprudencial que se presentó en el curso del proceso. Tampoco tuvo en cuenta las particularidades del caso, ni ofreció una solución para que el litigio fuera resuelto de fondo." (Resaltado propio).

<sup>&</sup>lt;sup>80</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-416 de 2016. Referencia Expediente T-5281006 de la Sala Sexta de Revisión de la Corte. En Auto A049 de 15 de febrero 2017 la Corte desestimó una solicitud de nulidad de este fallo a petición de la Contraloría General de Bogotá.

<sup>&</sup>lt;sup>81</sup> Que revocó el fallo de primera instancia y se inhibió para fallar en razón a que los actos demandados son preparatorios y, por ende, no son susceptibles de control de legalidad.

<sup>&</sup>lt;sup>82</sup> Según la reseña jurisprudencial consignada en el acápite 5 intitulado "Evolución jurisprudencial desarrollada por el Consejo de Estado sobre la naturaleza y control de los actos de suspensión expedidos por el Contralor" de la Sentencia de la Corte Constitucional el criterio vigente para la época de proposición de la demanda se encontraba en el fallo de 13 de julio de 2000 Exp. 78-2000 de la Sección Segunda, precedente que expresamente fue sustituido en la Sentencia de 2 de octubre de 2008 Exp. 2000-06992 de la Subsección B de la Sección Segunda, esto es, poco más de dos años después de haber sido introducido la causa por la parte demandante del sub lite.

5.29.- Dicho esto la Corte, en orden a garantizar los derechos de la tutelante, sostuvo que debían ser reparados los perjuicios causados por la injusta suspensión que soportó y ante la imposibilidad en el caso de acudir de nuevo al aparato jurisdiccional para tal fin condenó en abstracto a la Contraloría Distrital de Bogotá para que reintegrara a la accionante los salarios y demás emolumentos dejados de percibir con ocasión de la mentada suspensión.

5.30.- En suma, aun cuando se trata de un fallo dictado por una de las Salas de Revisión de la Corte Constitucional y, por ende, no constituye criterio unificado del pleno, de su lectura se desprende una clara regla jurisprudencial que refuerza la tesis defendida en esta providencia judicial, esto es, que dentro del marco de garantías del debido proceso se inscribe el respeto al precedente judicial vigente al momento de la interposición de las acciones o recursos judiciales y, por ende, sorprender al justiciado con un criterio jurisprudencial posterior imprevisto viola tal garantía.

5.31.- Criterio de la Sección Tercera del Consejo de Estado. Sala Plena y Subsecciones. La Sala Plena de la Sección Tercera en fallo de 4 de mayo de 2011<sup>83</sup> dio continuidad al precedente sentado por la Sala Plena Contenciosa en el fallo que se viene de citar en un caso relativo a la interposición de una acción de reparación directa radicada el 13 de noviembre de 1998 con la que pretendían los interesados la declaratoria de responsabilidad y la reparación de perjuicios en razón a los daños causados por el no pago oportuno de unas cesantías previamente reconocidas por el Departamento del Cauca.

5.32.- En su parte considerativa el fallo dio cuenta de las consideraciones jurídicas relevantes del proveído de Sala Plena de 27 de marzo de 2007 y abonó razones propias para reforzar esa orientación jurisprudencial:

"En definitiva, el acceso efectivo a la justicia no puede asegurarse sobre la base de criterios inciertos acerca de la manera como se pueden hacer valer las pretensiones. De ahí que si la jurisprudencia de un órgano de cierre, en un momento determinado señaló un derrotero y este es seguido por el usuario de la administración de justicia en materia de la acción pertinente para demandar, no puede luego sorprenderse a éste último como (sic) abruptos cambios jurisprudenciales, que en últimas comprometan el núcleo esencial de su derecho fundamental de libre acceso a la jurisdicción"<sup>84</sup> (Resaltado propio).

5.33.- Para concluir, en el caso concreto, que la acción de reparación directa incoada era el mecanismo procesal idóneo y el asunto debía ser conocido de fondo toda vez que el demandante "actuó en acatamiento de la tesis jurisprudencial que existía en ese momento", lo que, a la postre, condujo a la declaratoria de responsabilidad de la Entidad demandada y el resarcimiento de los respectivos perjuicios derivados por el pago tardío de las cesantías. Es de rigor poner de presente que esta línea de pensamiento ha sido seguida por las Subsecciones de la Sección en casos similares al glosado<sup>85</sup>.

5.34.- Criterio de la Sección Quinta del Consejo de Estado. Finalmente sobre esta temática es menester dejar registro del fallo dictado el 7 de junio de 2016<sup>86</sup> por la mencionada Sección en el marco de un medio de control de nulidad electoral en la cual, al margen de las cuestiones de fondo allí abordadas, la

85 Cfr., Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Subsección B. Sentencia de 22 de noviembre de 2012, Exp. 24872, Sentencia de 31 de mayo de 2016, Exp. 38166. De la Subsección C véase Sentencia de 31 de agosto de 2011, Exp. 19895, Sentencia de 7 de junio de 2012, Exp. 22678, Sentencia de 12 de agosto de 2013, Exp. 27176, Sentencia de 12 de mayo de 2014, Exp. 28496; Sentencia de 10 de septiembre de 2014, Exp. 29016.

<sup>&</sup>lt;sup>83</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Pleno de Sección Tercera. Sentencia de 4 de mayo de 2011, Exp. 19957.

<sup>84</sup> Ibíd.

<sup>&</sup>lt;sup>86</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta, Sentencia de 7 de junio de 2016, Exp. 11001-03-28-000-2015-00051-00

Sala unificó jurisprudencia sobre "(i) la definición del extremo temporal inicial de la incompatibilidad prevista, para alcaldes y gobernadores, en los artículos 31.7 y 32.7 y 39 de la Ley 617 de 2000, (ii) el alcance de la aplicación de los principios pro homine y pro electoratem en materia electoral y (iii) los efectos de la declaratoria de nulidades electorales por vicios subjetivos" y advirtió a la comunidad en general que las consideraciones expuestas en la providencia atinentes a esos tópicos constituyen precedente "y tendrán aplicación hacia futuro".

5.35.- De esta manera, el juez electoral al precisar sus criterios jurisprudenciales lo ha hecho con efectos prospectivos o a futuro, esto es, pregonando expresamente que los parámetros allí fijados constituyen precedente para los sucesos que ocurran a partir de la fecha.

5.36.- Conclusión. Todo lo que se viene de exponer reafirma de manera clara y coherente una línea de pensamiento que puede ser resumida en las siguientes ideas: (i) Es deber del Juez y la Administración, al momento de identificar y construir la norma de conducta y de juicio, aplicar los criterios jurisprudenciales vigentes para la fecha de los hechos que fundan la controversia, pues éstos hacen parte del marco de legalidad histórica a ser observado, (ii) Es criterio general, no limitado a expresos y singulares casos puntuales, que todo cambio de precedente jurisprudencial, referido a competencias estatales, derechos o mecanismos de protección, debe ser adoptado e interpretado con efecto prospectivo o a futuro, (iii) Siempre que se alegue por uno de los sujetos procesales una situación de tránsito jurisprudencial, ello debe ser considerado expresamente por tales autoridades a los fines de verificar tal situación y determinar cuál era el criterio jurídico fijado para entonces, sin perjuicio del deber oficioso de la autoridad de aplicar el derecho vigente, (iv) la misma naturaleza de lo que se viene de decir impone precisar que esa protección a la confianza legítima sólo se puede atribuir a la existencia de un criterio jurídico bien formado en la jurisprudencia, ora por su reiteración o por estar fundado en una decisión de unificación de jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>87</sup>, de ahí que no se pueda predicar esa misma certeza cuando se advierten tesis imprecisas o contradictorias en la Corporación<sup>88</sup> y (v) la retroactividad del precedente viola la cláusula de Estado de Derecho y el deber general del Estado de respeto a las garantías judiciales, debido proceso, libertad e igualdad y, por contera, a la confianza legítima creada de manera objetiva por las autoridades estatales en el desarrollo de sus actos.

# 6.- La oportunidad para liquidar el contrato estatal y el término de caducidad de la acción contractual<sup>89</sup>.

6.1.- Inicialmente el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 preceptuaba que "los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán

<sup>&</sup>lt;sup>87</sup> Ley 1437 de 2011. Artículo 270. Sentencias de unificación jurisprudencial. Para los efectos de este Código se tendrán como sentencias de unificación jurisprudencial las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009

por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009.

88 "19. Es posible, de otro lado, que no exista claridad en cuanto al precedente aplicable, debido a que la jurisprudencia sobre un determinado aspecto de derecho sea contradictoria o imprecisa. Puede ocurrir que haya sentencias en las cuales frente a unos mismos supuestos de hecho relevantes, la Corte haya adoptado decisiones contradictorias o que el fundamento de una decisión no puede extractarse con precisión. En estos casos, por supuesto, compete a la Corte Suprema unificar y precisar su propia jurisprudencia. Ante la falta de unidad en la jurisprudencia, los jueces deben hacer explícita la diversidad de criterios, y optar por las decisiones que interpreten de mejor manera el imperio de la ley, a partir de una adecuada determinación de los hechos materialmente relevantes en el caso. De la misma forma, ante la imprecisión de los fundamentos, pueden los jueces interpretar el sentido que se le debe dar a la doctrina judicial de la Corte Suprema". Corte Constitucional. Sentencia C-836 de 2001.

<sup>&</sup>lt;sup>89</sup> Se sigue en este punto lo expuesto por esta Subsección en las siguientes providencias: Sentencia de 25 de mayo de 2011, Exp. 18392; Sentencia de 24 de julio de 2013, Exp. 28345; Sentencia de 24 de julio de 2013, Exp. 27925; Sentencia de 24 de julio de 2013, Exp. 29509; Sentencia de 12 de junio de 2014, Exp. 29469; Sentencia de 16 de marzo de 2015, Exp. 32797; Sentencia de 28 de mayo de 2015, Exp. 36881; Sentencia de 28 de mayo de 2015, Exp. 36965; Sentencia de 15 de octubre de 2015, Exp. 48656; Sentencia de 15 de octubre de 2015, Exp. 49646; Auto de 10 de diciembre de 2015, Exp. 55902, entre otras decisiones.

objeto de liquidación <u>de común acuerdo por las partes contratantes, procedimiento que se efectuará</u> dentro del término fijado en el pliego de condiciones o términos de referencia o, en su defecto, a más tardar antes del vencimiento de los cuatro (4) meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la <u>disponga</u>..."90

- 6.2.- Por su parte el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo en la redacción que tenía antes del 8 de julio de 1998, <sup>91</sup> señalaba en su inciso 7º que la caducidad de las acciones *"relativas a contratos caducarán en dos (2) años de ocurridos los motivos de hecho o de derecho que le sirvan de fundamento"*.
- 6.3.- De lo anterior se dedujo por ese entonces que el término de dos (2) años para la caducidad de las acciones derivadas de los contratos que requirieran de liquidación empezaba a correr a partir del momento en que la liquidación se realizara o, si ella no se hubiere hecho, a partir de la conclusión del término que tenía la Administración para hacerlo unilateralmente.
- 6.4.- Así lo dijo esta Corporación en auto de 8 de junio de 1995<sup>92</sup> en el que expresó:

"En materia contractual habrá que distinguir los negocios que requieren de una etapa posterior a su vigencia para liquidarlos, de aquellos otros que no necesitan de la misma. En éstos, vale decir, para los cuales no hay etapa posterior a su extinción, cualquier reclamación judicial deberá llevarse a cabo dentro de los dos años siguientes a su fenecimiento. Para los contratos, respecto a los cuales se impone el trámite adicional de liquidación, dicho bienio para accionar judicialmente comenzará a contarse desde cuando se concluya el trabajo de liquidación, o desde cuando se agotó el término para liquidarlo sin que se hubiere efectuado, bien sea de manera conjunta por las partes o unilateralmente por la administración".

6.5.- Posteriormente esta misma Corporación en providencia del 22 de junio de 2000<sup>93</sup> rememoró las posiciones que ella había asumido en punto del plazo que tenía la Administración para liquidar unilateralmente un contrato:

"En sentencia dictada en el proceso 5.334, proferida el día 11 de diciembre de 1989, la Sala expresó, haciendo referencia a otros fallos, que cuando termina un contrato, normal o anormalmente, y no existe acuerdo entre las partes, la Administración debe liquidarlo unilateralmente; que si bien la ley no fija plazos para efectuarla de mutuo acuerdo, encuentra que el "término plausible" debe ser el de cuatro meses contados a partir de aquella terminación.

En cuanto a la liquidación unilateral dicha sentencia expresó que si no se logra acuerdo entre los contratantes, después de vencidos los cuatro meses, la Administración debía liquidar unilateralmente el contrato dentro de los dos meses siguientes; se afirmó que:

"Para efecto de determinar la fecha de liquidación del contrato, la Sala ha venido aceptando como término plausible el de cuatro meses: dos, a partir del vencimiento del contrato para que el contratista aporte la documentación adecuada y dos para que el trabajo se haga de común acuerdo (Sent. Enero 29/88, Exp. 3615. Actor Darío Vargas). A falta de acuerdo, estima la Sala que

<sup>90</sup> Lo subrayado fue derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.

<sup>&</sup>lt;sup>91</sup> Este artículo fue subrogado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998 que entró a regir en esa fecha.

<sup>92</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 8 de junio de 1995, Expediente 10684
93 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 22 de junio de 2000. Expedien

<sup>&</sup>lt;sup>93</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 22 de junio de 2000, Expediente 12723

la entidad contratante debe proceder a la liquidación unilateral dentro de los dos meses siguientes al vencimiento del término para hacer la liquidación de común acuerdo. Aunque este nuevo plazo no está previsto por la ley de manera específica, coincide con el consagrado legalmente para que se produzca el fenómeno del silencio administrativo negativo (Decreto ley 2.304 de 1989, arts. 1º y 7º) y, por esta razón, lo adopta la Sala para eventos como el que aquí se presenta" (Sentencia de noviembre 9, 1989, Expedientes Nos. 3265 y 3461. Actor: Consorcio CIMELEC LTDA-ICOL LTDA). Destacado con negrilla por fuera del texto original."

- 6.6.- Así que en conclusión, de acuerdo con lo citado y transcrito, se tiene que antes de la vigencia del artículo 60 de la Ley 80 de 1993 y del artículo 44 de la Ley 446 de 1998, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ya tenía establecido que los contratos que requirieran de liquidación debían ser liquidados dentro de los cuatro (4) meses que seguían a su terminación y que si ésta no se hacía en esa oportunidad, la entidad estatal debía liquidarlo unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del término anterior.
- 6.7.- Este criterio jurisprudencial fue el que finalmente se convirtió en disposición legal al consagrar, de un lado, el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 que los contratos debían liquidarse dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su terminación y al prever, de otro lado, el artículo 44 de la Ley 446 de 1998 que si la administración no lo liquidaba dentro de los dos (2) meses que siguen al plazo establecido legal o convencionalmente para ello, el interesado podía acudir para ese efecto ante la jurisdicción, dentro de los dos años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar.

## 7.- La perentoriedad del término de caducidad de la acción<sup>94</sup>.

- 7.1.- La caducidad de la acción como fenómeno jurídico implica la imposibilidad de formular ante la jurisdicción unas determinadas pretensiones habida cuenta de que ha transcurrido el término que perentoriamente ha señalado la ley para ejercitar la correspondiente acción.
- 7.2.- La seguridad jurídica y la paz social son las razones que fundamentalmente justifican el que el legislador limite desde el punto de vista temporal la posibilidad de aducir ante el juez unas concretas pretensiones y por ello se dice que la caducidad protege intereses de orden general.
- 7.3.- Los términos para que opere la caducidad están siempre señalados en la ley y las normas que los contienen son de orden público, razones por las cuales son taxativos y las partes no pueden crear término alguno de caducidad.
- 7.4.- La caducidad opera de pleno derecho, es decir que se estructura con el solo hecho de transcurrir el tiempo prefijado para ello, y por lo tanto el juez puede y debe decretarla aún de oficio cuando aparezca que ella ha operado.
- 7.5.- La caducidad produce sus efectos frente a todas las personas sin que sea admisible ninguna consideración sobre determinada calidad o condición de alguno de los sujetos que interviene en la relación jurídica o que es titular del interés que se persigue proteger mediante la respectiva acción.

<sup>&</sup>lt;sup>94</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 24 de julio de 2013; Expediente 23136.Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 30 de enero de 2013, Expediente 23136.

- 7.6.- Finalmente la caducidad, precisamente por ser de orden público, no puede ser renunciada y no se interrumpe sino en los limitados casos exceptuados en la ley.
- 7.7.- Pues bien, de todas estas características que se han mencionado emerge que una vez que se da el supuesto de hecho que el legislador ha señalado como comienzo del término de caducidad, él indefectiblemente empieza a correr y en ningún caso queda en manos de alguna de las partes la posibilidad de variar el término prefijado en la ley.
- 7.8.- Por consiguiente si, cuando es menester la liquidación del contrato, hay un plazo legalmente señalado para realizarla, bien sea de común acuerdo o bien sea de manera unilateral, y si la caducidad de la acción contractual empieza a correr a partir de la respectiva liquidación, es conclusión obligada que si el plazo legalmente previsto para realizar la liquidación concluye sin que esta se hubiere hecho, irremediablemente el término de caducidad habrá empezado a correr a partir de la conclusión de este último momento y por ende ninguna incidencia tendrá en el término de caducidad una liquidación posterior.
- 7.9.- Sostener lo contrario sería tanto como argumentar que el término de caducidad puede quedar al arbitrio de alguna de las partes.
- 7.10.- En efecto, de no ser como se viene afirmando se llegaría a la extraña e ilegal situación de existir un término de caducidad superior al previsto en la ley en virtud de la decisión de alguna de las partes, tal como ocurriría por ejemplo en la hipótesis en que la liquidación del contrato viene a hacerse después de haber transcurrido trece (13) o más meses desde que concluyeron los plazos legalmente previstos para liquidar el contrato.
- 7.11.- Y es que la posición que aquí se critica impondría la obligada pero errada e ilegal conclusión consistente en que el término de caducidad ya no sería de dos años contados a partir del momento en que vencieron los términos legales para liquidar el contrato, sino de treinta y tres o más meses (13 o más desde el vencimiento de los términos legales para liquidar el contrato y 24 más a partir de la liquidación extemporánea), todo por decisión de quien o quienes liquidaron el contrato por fuera de los términos legalmente previstos para ello.

## 8.- Caso concreto.

8.1.- La cláusula compromisoria y la falta de jurisdicción en el caso.

8.1.1.- En el asunto que se revisa por vía de apelación el Tribunal Administrativo de Antioquia se inhibió para fallar de fondo el asunto habida consideración de la cláusula compromisoria<sup>95</sup> pactada en el Contrato 2000-CO-21-028 que otorgó competencia a la justicia arbitral para conocer de las diferencias surgidas en el marco de esa relación contractual.

<sup>&</sup>lt;sup>95</sup> En la cláusula trigésima del Contrato se lee: "Cláusula compromisoria. Las diferencias que surjan por razón de la celebración del presente contrato, de su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación se someterán a la decisión de tres (3) árbitros; el arbitramento será en derecho, y se regirá por las normas vigentes sobre la materia. Las diferencias de carácter exclusivamente técnico se someterán a la decisión de expertos en la materia, designados directamente por las partes". (Fl 230, c1).

8.1.2.- Apoyó esa decisión en el criterio jurisprudencial unificado de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, traído en el Auto de 18 de abril de 2013, que varió la postura anterior y fijo como ratio decidendi, para la resolución del caso concreto, que i) el pacto arbitral contenido en un contrato estatal es solemne, de ahí que su modificación o derogatoria deba observar la formalidad concerniente a la celebración de acuerdo expreso y escrito por las partes, ii) quienes han pactado cláusula compromisoria en un contrato estatal no quedan en libertad de escoger ante cuál jurisdicción (contencioso administrativa o arbitral) pueden introducir la controversia contractual, iii) la única opción jurídicamente válida que les asiste a las partes es acudir a la vía arbitral, en acatamiento de lo pactado en el contrato, iv) ello opera, inclusive, cuando el extremo pasivo de la pretensión no propone la excepción de falta de jurisdicción al contestar la demanda y v) es deber del Juez rechazar la demanda o declarar la nulidad de lo actuado cuando ello se evidencie, según el caso<sup>96</sup>.

8.1.3.- No obstante, en criterio de esta judicatura, el Tribunal debió considerar con rigor que la controversia contractual se introdujo por el Consorcio el 2 de marzo de 2010<sup>97</sup>, esto es, en época anterior al pronunciamiento de 18 de abril de 2013 de la Sala Plena de la Sección Tercera que modificó la tesis jurisprudencial sobre la materia; pues a partir de tal averiguación se advierte la inaplicabilidad

96 "2.5.4 Conforme a lo anterior, si las partes de un contrato estatal celebran un pacto compromisorio (cláusula compromisoria o compromiso), con lo cual deciden, de manera consciente y voluntaria, habilitar la competencia de los árbitros para conocer de los litigios que surjan entre ellas y que se encuentren comprendidos dentro del correspondiente pacto arbitral, a la vez que derogar la jurisdicción y la competencia de los jueces institucionales o permanentes, resulta evidente que, si estos últimos advierten la existencia de ese pacto, bien pueden y, más aún, deben rechazar la demanda, sin tener que esperar a que el extremo pasivo de la misma proponga la respectiva excepción, por cuanto, en esas condiciones, carecen de jurisdicción y de competencia; de lo contrario, sus actuaciones resultarían afectadas de nulidad, conforme a lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del artículo 140 del C. de P. C.

Continuar aceptando la tesis de la renuncia tácita a la aplicación de la cláusula compromisoria, por el hecho de que la parte demandada no formule la excepción correspondiente, equivaldría a dejar al arbitrio de cada parte la escogencia de la jurisdicción que ha de decidir el conflicto entre ellas presentado, a pesar de haber convenido, en forma libre y con efectos vinculantes, que sus diferencias irían al conocimiento de la justicia arbitral, e implicaría admitir, también, la existencia de dos jurisdicciones diferentes y con igual competencia para solucionarlo, a pesar de que sólo una de ellas puede conocer y decidir sobre el particular.

En suma, cuando las partes deciden sustraer del conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo la decisión de los conflictos que lleguen a surgir de un contrato estatal, para someterlos a la justicia arbitral, ninguna de ellas tiene la posibilidad de optar, de manera unilateral e inconsulta, entre acudir a la justicia institucional contenciosa o a la arbitral; por el contrario, sólo tiene una opción, cual es la de someterse a la decisión arbitral, de modo que, si una de las partes que concurrió a la celebración de un pacto arbitral acude al juez de lo contencioso administrativo, en lugar de convocar un tribunal de arbitramento, dicho acto no desaparece, ni siquiera si el demandado no excepciona falta de jurisdicción, y ello supone, necesaria e indefectiblemente, que el juez contencioso al que se asigne el caso le dé aplicación rechazando la demanda o declarando la nulidad de lo actuado, esto último con apoyo en las causales 1 y 2 del artículo 140 del C. de P.C.

2.5.5. Es menester recordar que, en materia de nulidades procesales, el Código Contencioso Administrativo remite (artículo 165) a las causales consagradas en el Código de Procedimiento Civil, estatuto que dispone, por un lado, la facultad oficiosa del juez para declarar nulidades insaneables (artículo 145) y, por el otro, que una de éstas es, precisamente, la falta de jurisdicción (artículos 140-1 y 144, inciso final), entendida ésta como la carencia de la potestad de administrar justicia en un asunto cuya competencia le ha sido asignada (bien por la ley o bien por las partes) a otra autoridad de diferente jurisdicción, a lo cual se suma que, en lo contencioso administrativo, según dispone el segundo inciso del artículo 164 del primero de los códigos en cita, "En la sentencia definitiva se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada" (se resalta).

Esta última disposición constituye fundamento suficiente para concluir que, en los casos de la falta de jurisdicción y de competencia por razón de la existencia de un pacto compromisorio (cláusula compromisoria o compromiso), el juez institucional de lo contencioso administrativo se encuentra en el deber de declarar probada dicha excepción en la sentencia, cuando la encuentre acreditada en el proceso, aunque la misma no hubiere sido propuesta o formulada en la oportunidad procesal prevista para la contestación de la demanda, de modo que ningún efecto procesal de importancia reviste al respecto el silencio de la parte demandada, máxime que dicho silencio no sanea la nulidad que llevan consigo las anotadas ausencias de jurisdicción y de competencia del juez institucional, para conocer del respectivo litigio.

De esta manera, la única vía que las partes tienen, por su propia decisión, para modificar o poner fin de manera válida el pacto arbitral la constituye, necesariamente, la celebración de un nuevo convenio expreso entre ellas, revestido de la misma formalidad –escrito– que las normas vigentes exigen para la celebración del pacto arbitral original." Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto de 18 de abril de 2013, Exp. 17859.

<sup>&</sup>lt;sup>97</sup> Fl 189, c1.

temporal de ese precedente a la controversia *sub judice*, en razón a que el mismo era inexistente para entonces y no puede ser invocado de manera retroactiva, toda vez que desconocería los fundamentos de derecho –legales y jurisprudenciales– preexistentes con arreglo a los cuales se determinó favorablemente la jurisdicción de lo contencioso administrativo como competente para conocer y tramitar un litigio contractual en el que las partes habían pactado una cláusula compromisoria, aspecto éste definitorio de la garantía constitucional y convencional de acceso a la justicia.

- 8.1.4.- En ese sentido, la Sala reitera el criterio fijado en la sentencia de 4 de septiembre de 2017 recaída dentro del exp. 57279 en la que se afirmó, en sujeción a la cláusula de Estado de Derecho y conforme a la garantía de los derechos de igualdad, libertad personal y acceso a la administración de justicia, que los cambios de precedente jurisprudencial tienen, por regla general, efecto prospectivo o a futuro. En consecuencia está proscrito a la Administración o a la autoridad jurisdiccional, aplicar una norma adjetiva o de derecho sustantivo de fuente jurisprudencial inexistente para cuando la controversia jurídica fue introducida. Como se dijo en el fallo de referencia:
  - "5.4.- (...) una razonable aproximación a esa problemática desde un enfoque basado en derechos impone asumir una premisa fundamental: las buenas razones que impulsan el progreso del pensamiento jurídico, por la vía del cambio de jurisprudencia, no justifican que a costa de tal evolución sea legítimo y proporcional el sacrificio de los derechos de quienes obraron en el pasado movidos por lo que mandaba el antiguo precedente

*(...)* 

- 5.6.- (...) todo caso donde el juez abandona una solución previamente acogida en anteriores pronunciamientos y que conduce a la adopción de una nueva contraria que altera la tendencia sobre la cual se venían resolviendo pleitos similares, lleva consigo una regla de modulación temporal de transición en cuya virtud se considera que la nueva posición se acoge sin perjuicio del estatus jurídico de las situaciones consolidadas surtidas antes de ese pronunciamiento"98.
- 8.1.5.- En ese orden de ideas, en el *sub judice* se advierte la transición de una regla jurisprudencial relativa a la determinación de la jurisdicción competente para conocer de una controversia contractual en la que las partes pactaron una cláusula compromisoria y una de ellas acudió ante el contencioso administrativo, razón por la cual cobra plena vigencia la *ratio decidendi* de la sentencia de 4 de septiembre de 2017, para señalar que como este litigio se introdujo antes del cambio jurisprudencial anotado el criterio aplicable es aquél anterior, vigente para entonces, que informaba sobre la *derogatoria táctica* de la cláusula compromisoria y, en consecuencia, la determinación de esta Jurisdicción como autoridad judicial habilitada para dirimir la controversia de marras.
- 8.1.6.- Así, como en el caso de referencia el Tribunal Administrativo en autos de 3 de mayo y 1° de julio de 2010 admitió la demanda y la reforma a la misma y el Departamento de Antioquia, en la oportunidad pertinente, no excepcionó la falta de jurisdicción por existir una cláusula compromisoria, la Sala considera que, conforme a la regla decantada por la jurisprudencia reiterada de esta Corporación<sup>99</sup>, se sigue que esta Jurisdicción es la competente para conocer

<sup>&</sup>lt;sup>98</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 4 de septiembre de 2017, Exp. 57279.

<sup>&</sup>lt;sup>99</sup> Así, la Sección Tercera del Consejo de Estado en su jurisprudencia constante aplicó la tesis de la renuncia táctica a la cláusula compromisoria en aquellos casos en los que pese a que ésta había sido pactada entre las partes de un contrato estatal, una de ellas acudía ante el Juez Administrativo en ejercicio del medio de control de controversias contractuales y la otra guardaba silencio o en la contestación de demanda no alegaba expresamente la falta de jurisdicción, con lo que se configuraba la renuncia tácita por

la controversia o, lo que es lo mismo, se estructuró el fenómeno de la derogatoria tácita de la cláusula trigésima del Contrato No. 2000-CO-21-028 relativa a la jurisdicción arbitral habilitando así el acceso a esta Jurisdicción en debida forma. Ergo, pasa la Sala a examinar lo atinente a la oportunidad del ejercicio de la acción contenciosa.

- 8.2.- La oportunidad en el ejercicio de la acción de controversias contractuales en el caso concreto.
- 8.2.1.- En el asunto que se revisa por vía de apelación ha quedado claro que la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es la competente para conocer de la controversia contractual planteada por el Consorcio Cobaco Concorpe contra el Departamento de Antioquia con ocasión del alegado desequilibrio económico del contrato No. 2000-CO-21-028 de 16 de noviembre de 2000 y el incumplimiento del mismo por cuenta del Ente territorial.
- 8.2.2.- Así, pasa la Sala a abordar lo pertinente al ejercicio oportuno de la acción, siendo este otro de los presupuestos que se deben reunir en debida forma para abordar el fondo del pleito traído ante la jurisdicción.
- 8.2.3.- Conforme a ese derrotero se tiene acreditado que las partes celebraron el Contrato de Obra ya identificado el 16 de febrero de 2000<sup>100</sup>, acordándose como plazo de ejecución del contrato el de veinticuatro (24) meses<sup>101</sup>, contados de la celebración de acta de inicio, la que fue suscrita por las partes el 21 de diciembre de 2000<sup>102</sup>.
- 8.2.4.- Consta en el expediente que las partes acordaron, en diversas oportunidades, prórrogas, adiciones, suspensiones y reanudaciones al plazo de ejecución del contrato 103, conforme se discrimina en la siguiente tabla en la que se trae a colación:

Actas/Adiciones	Adición/prórroga tiempo	
Acta de inicio de obra	No	
21 diciembre 2000		
Adicional No. 1. 17 julio 2002	Prórroga de 3,5 meses	
Adición No. 2. 4 abril 2003	Adición de 8 meses	
Adición No. 3. 4 diciembre 2003	Prórroga de 8 meses	
Adición No. 4. 4 agosto 2004	Prórroga de 20 días	
Adición No. 5. 25 agosto 2004	Prórroga de 4 meses	
Adición No. 6. 23 diciembre	Prórroga de 75 días calendario	

cuenta de los contratantes. Sobre este particular la Sección Tercera se ha pronunciado, entre otros, en las siguientes providencias: Auto de 19 de marzo de 1998, Exp. 14097; Sentencia de 4 de octubre de 2003, Exp. 10883; Sentencia de 26 de febrero e 2004, Exp. 25094; Sentencia de 16 de marzo de 2005, Exp. 27394; Sentencia de 22 de abril de 2009, Exp. 29699; Sentencia de 23 de julio de 2010, Exp. 18395. 100 Fls 219-230, c1.

<sup>101</sup> Fl 220, c1. Cláusula Quinta.

<sup>&</sup>lt;sup>102</sup> Fl 232, c1.

<sup>&</sup>lt;sup>103</sup> Flsd 234-308, c1.

2004

Adición No. 7. 28 marzo 2005	Prórroga de 60 días calendario	
Acta Suspensión de Plazo No. 1. 10 mayo 2005	No	Suspensión de 10 días desde la fecha. Se ordena realizar evaluaciones técnicas para determinar la reprogramación de la obra que resta por ejecutar.
Acta Reanudación No. 1. 18 mayo 2005	Adición de 30 días calendario	Donde las partes convienen que la reanudación del término se dé a partir del 19 de mayo de 2005.
Adición No. 8. 17 junio 2005	Prórroga de 30 días calendario	
Adición No. 9. 17 junio 2005	Prórroga de 35 días calendario	
Adición No. 10. 25 julio 2005	Prórroga de 30 días calendario	
Adición No. 11. 24 de agosto de 2005	Prórroga de 15 días.	
Adición No. 12. 24 octubre 2005	Prórroga de 40 días calendario	
Adición No. 13. 28 diciembre 2005	Prórroga de 40 días calendario	
Adición No. 14. 12 enero de 2006	25 días calendario	
Acta de recibo. 9 febrero 2006		Se reciben las obras ejecutadas

- 8.2.5.- Ahora bien, en la cláusula vigésima cuarta del Contrato las partes convinieron que la liquidación del contrato se haría "a más tardar dentro de los cuatro (4) meses siguientes al a finalización del contrato, o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación o a la fecha del acuerdo que la disponga (...) Si EL CONTRATISTA no se presenta a la liquidación o no allegare los documentos requeridos o las partes no llegaren a un acuerdo sobre el contenido de la liquidación, ésta será practicada directa y unilateralmente por EL DEPARTAMENTO VALORIZACIÓN y se adoptará por resolución motivada" 104.
- 8.2.6.- En ese orden de ideas, se tiene que las partes convinieron convencionalmente el término para intentar la liquidación bilateral, más no aquella unilateral, razón por la cual será menester considerar, por vía de integración normativa, que el término para el ejercicio de esta potestad unilateral lo es de dos (2) meses, siguientes al tiempo para intentar la liquidación bilateral, a tenor de lo preceptuado por la Ley 80 de 1993 y la jurisprudencia de esta Corporación, como se expuso precedentemente.
- 8.2.7.- Por consiguiente, conforme al cómputo del plazo inicial de ejecución pactado del contrato, sumando los términos de las suspensiones, adiciones y prórrogas celebradas por las

1

<sup>&</sup>lt;sup>104</sup> Fl 228, c1.

partes a lo largo del mismo, se tiene que el plazo transcurrió hasta el 25 de diciembre de 2005<sup>105</sup>, sin que se deba contabilizar en el mismo lo dispuesto en la Adición No. 14 de 12 de enero de 2006 (que adicionó 25 días), puesto que la misma se hizo cuando ya había fenecido el término contractual<sup>106</sup>.

8.2.8.- Así, como se tiene que el plazo contractual corrió hasta el 25 de diciembre de 2005, los cuatro (4) meses que siguen vencieron el 26 de abril de 2006, los dos (2) meses subsiguientes fenecieron el 26 de junio de 2006, de manera que el término bienal dispuesto por el legislador para el ejercicio de la acción de controversias contractuales se estructuró el 26 de junio de 2008.

105 Resultantes de agregar a los 24 meses iniciales 23,5 meses de adición/prórroga, 375 días por el mismo concepto y 10 de suspensión, cálculo que tomado a partir del 21 de diciembre de 2000 arroja el 25 de diciembre de 2005 como vencimiento del

plazo de ejecución del contrato, como se explica a continuación:

Actas/Adiciones	Adición/prórroga tiempo	Vencimiento plazo (con tiempo agregado)
Acta de inicio de obra 21 diciembre 2000	No	Veinticuatro (24) meses inicialmente pactados como plazo de ejecución.
Adicional No. 1. 17 julio 2002	Prórroga de 3,5 meses	5 de abril de 2003
Adición No. 2. 4 abril 2003	Adición de 8 meses	5 de diciembre de 2003
Adición No. 3. 4 diciembre 2003	Prórroga de 8 meses	5 de agosto de 2004
Adición No. 4. 4 agosto 2004	Prórroga de 20 días	25 de agosto de 2004
Adición No. 5. 25 agosto 2004	Prórroga de 4 meses	25 de diciembre de 2004
Adición No. 6. 23 diciembre 2004	Prórroga de 75 días calendario	10 de marzo de 2005
Adición No. 7. 28 marzo 2005	Prórroga de 60 días calendario	9 de mayo de 2005
Acta Suspensión de Plazo No. 1. 10 mayo 2005	No	Suspensión de 10 días desde la fecha. Se ordena realizar evaluaciones técnicas para determinar la reprogramación de la obra que resta por ejecutar.
Acta Reanudación No. 1. 18 mayo 2005	Adición de 30 días calendario	19 de mayo de 2005  Donde las partes convienen que la reanudación del término se
Acta Reanudación No. 1. 18 mayo 2005	Adición de 30 días caiendario	dé a partir del 19 de mayo de 2005.
Adición No. 8. 17 junio 2005	Prórroga de 30 días calendario	18 de julio de 2005
Adición No. 9. 17 junio 2005	Prórroga de 35 días calendario	22 de agosto de 2005
Adición No. 10. 25 julio 2005	Prórroga de 30 días calendario	21 de septiembre de 2005
Adición No. 11. 24 de agosto de 2005	Prórroga de 15 días.	6 de octubre de 2005
Adición No. 12. 24 octubre 2005	Prórroga de 40 días calendario	15 de noviembre de 2005
Adición No. 13. 28 diciembre 2005	Prórroga de 40 días calendario	25 de diciembre de 2005
Adición No. 14. 12 enero de 2006	25 días calendario	Adición realizada fuera del plazo
Acta de recibo. 9 febrero 2006		Se reciben las obras ejecutadas

<sup>&</sup>lt;sup>106</sup> Es criterio de la Sala que las prórrogas o adiciones realizadas fuera del término de vigencia o de ejecución del contrato carecen de validez frente al contrato ya fenecido; sobre este particular en sentencia de 6 de mayo de 2015 se dijo: "Entonces, no puede la Sala reconocer validez alguna a una prórroga contractual que se celebra por fuera del término e vigencia o plazo de ejecución del contrato, por cuanto ello llevaría a afirmar que las partes puede, a su antojo, revivir el contrato cuando éste ha fenecido por vencimiento del plazo inicialmente pactado, excluyendo los procedimientos legalmente exigidos, tales como la planeación, licitación pública y la selección objetiva, entre otros". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 6 de mayo de 2015, Exp. 35766.

- 8.2.9.- Advertido ello y como consta que la demanda fue introducida por Concorpe S.A y Cobaco S.A el 2 de marzo de 2010, se hace evidente que la caducidad ya había operado, sin que sea relevante el que las partes celebraran en fecha por entero extemporánea la liquidación bilateral del contrato, lo que ocurrió el 20 de diciembre de 2007<sup>107</sup>, por cuanto el término de caducidad empezó a correr de manera irremediable desde que concluyeron los plazos legales para realizarla.
- 8.2.10.- Es decir, el que el Departamento de Antioquia y el Consorcio hubieran liquidado el contrato el 20 de diciembre de 2007 no implica suerte alguna de interrupción o modificación del cómputo de la caducidad de la acción, ni implica que las partes tengan, a partir de esa fecha otros dos (2) años para acudir ante el Juez del contrato, pues, se repite, los términos de caducidad son de orden público y por consiguiente inmodificables por el querer de las partes.
- 8.2.11.- Entender lo contrario conduciría en este caso a que el término de caducidad sea de tres (3) años, cinco (5) meses y veinticuatro (24) días, cuando el mandato de la ley es que ella opere a los dos años contados a partir de la liquidación del contrato pero, por supuesto, siempre y cuando que esta liquidación sea oportuna ya que si este acto no se produce en los términos ya mencionados, a la conclusión de estos empieza a correr irremediable e indefectiblemente el término de la caducidad, sin que un acto liquidatorio posterior tenga la virtualidad de alterar el término legalmente previsto para la decadencia de la acción.
- 8.2.12.- Y, en gracia de discusión, si se agregara al término de ejecución del contrato los veinticinco (25) días objeto de la adición No. 14 de 12 de enero de 2006, no se llegaría a conclusión diferente, pues tomando en consideración ese tiempo también se concluiría la caducidad de la acción de controversias contractuales<sup>108</sup>.
- 8.2.13.- Del mismo modo, en nada surte efecto suspensivo el trámite conciliatorio surtido ante el Agente del Ministerio Público, toda vez que éste se inició el 4 de diciembre de 2009, para cuando ya se habían estructurado los efectos de la caducidad.
- 8.2.14.- Corolario de lo expuesto, como la caducidad de la acción impide conocer el fondo del asunto, se impone dictar fallo inhibitorio, pero no por las razones expuestas por el *a-quo*, pues a ello se llega por haberse formulado la acción contenciosa fuera de la oportunidad prevista por la Ley, que no por la falta de jurisdicción.
- **9. Costas.** Finalmente, toda vez que para el momento en que se profiere este fallo, el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente y, en el *sub lite*, ninguna procedió de esa forma, no habrá lugar a imponerlas. En consecuencia, no prosperar en este punto la alzada propuesta por

-

<sup>107</sup> Fl 227, c1. Cláusula vigésima cuarta.

<sup>&</sup>lt;sup>108</sup> En este evento hipotético se tomaría el 6 de febrero de 2006 como vencimiento del plazo de ejecución del contrato, de modo que los cuatro (4) meses que siguen vencerían el 6 de junio de 2006, los dos (2) meses subsiguientes fenecieron el 6 de agosto de 2006 y el término bienal de la acción de controversias contractuales correría hasta el 6 de agosto de 2008. Como la demanda se interpuso el 2 de marzo de 2010, no hay lugar a dudas que aún bajo ese escenario se configuraría la caducidad de la acción.

la parte demandante ante la falta de acreditación de obrar temerario del extremo pasivo de la pretensión, requisito *sine qua non* para que ello sea así<sup>109</sup>.

En mérito de lo expuesto la Subsección C de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre la de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

#### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia dictada el 7 de diciembre de 2016 por el Tribunal Administrativo de Antioquia que se inhibió para fallar el fondo del asunto, pero por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: ABSTENERSE de condenar en costas.

TERCERO: DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen, una vez en firme esta providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE

JAIME ENRIQUE RODRIGUEZ NAVAS

Magistrado

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

Magistrado

Aclaración de voto

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Presidente Sala de Subsección C

<sup>&</sup>lt;sup>109</sup> Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-043 de 2004.