

# APLICACIÓN RETROACTIVA Y RETROSPECTIVA DEL PRECEDENTE JUDICIAL SEGÚN EL CONSEJO DE ESTADO COLOMBIANO\*

The retroactive and retrospective application of the  
judicial precedent according of the colombian State  
Council (Consejo de Estado Colombiano)

---

Ricardo Andres Ricardo Ezqueda\*\*

## Resumen

Dada la mora en el tiempo de tramitación de procesos que enfrenta el sistema formal de justicia colombiana, se han presentado múltiples dificultades de orden operativo que han causado traumatismos tanto en los operadores judiciales como en sus usuarios. Uno de los mayores problemas ha sido la aplicación retroactiva y retrospectiva del precedente. En especial, en el Consejo de Estado, estos virajes han generado inseguridad jurídica, desigualdad entre los usuarios y la posible violación a su confianza legítima.

---

\* Artículo inédito.

Para citar el artículo: RICARDO EZQUEDA, Ricardo A. Aplicación retroactiva y retrospectiva del precedente judicial según el consejo de estado colombiano. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*. No. 47 Enero – Junio. 2018, pp. 193-218.

Recibido: 30 de marzo de 2018 - Aprobado: 06 de agosto de 2018.

\*\* Abogado con Opción en Gobierno y Políticas Públicas de la Universidad de los Andes. Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario. Maestrando en Justicia y Tutela de los Derechos con énfasis en Derecho Procesal de la Universidad Externado de Colombia. Codirector del Semillero de Investigación en Derecho Procesal de la Universidad de los Andes. Profesor de la misma casa de estudios. Correo electrónico: ra.ricardo2319@uniandes.edu.co

Por ello, el presente artículo, a partir de los pronunciamientos más recientes de la Sección Tercera del máximo tribunal de lo contencioso administrativo y desde un punto de vista práctico, tiene como objetivo dar a conocer las últimas tendencias en cuanto al uso inmediato o futuro de las mutaciones del precedente y, propone algunas alternativas que hagan menos gravoso para los litigantes los cambios de las reglas de juego en el transcurso de su disputa jurisdiccional.

**Palabras clave:** Precedente judicial, aplicación retroactiva, aplicación retrospectiva, aplicación prospectiva, remedios procesales.

### Abstract

Given the length of time that takes in the Colombian formal justice system faces to conclude proceedings, there have been multiple issues in the operational level that have caused traumatism in the judicial officers as well as its users. One of the most significant problems has been the retroactive and retrospective enforcement of the judicial precedent. In particular, in the “Consejo de Estado” the judicial precedent turnovers have caused legal insecurity, inequality among users and a feasible breach of their legitimate trust.

For that reason, based in the latest rulings of the Third Section of the highest administrative court, this paper aims to make known the latest developments in immediate and future use of the precedent alterations, as well as to propose alternatives that make the change of rules during the proceedings less burdensome for the attorneys.

**Key words:** Case law, retroactive application, retrospective application, prospective application, procedural remedies.

**“lo condeno por haber desconocido una directriz jurídica, para entonces, inexistente”<sup>1</sup>**

## Introducción

La mora judicial<sup>2</sup>, la congestión<sup>3</sup> y el extenso período de tramitación de las controversias formales ante el aparato jurisdiccional de nuestro país<sup>4</sup>, han sido

<sup>1</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN C, sentencia de 4 de septiembre de 2017, C.P. Jaime Orlando Santofimio, exp. 57279.

<sup>2</sup> “Es el exceso en el tiempo real de gestión del proceso respecto del tiempo normativo establecido para la decisión del mismo, con ocasión de acciones u omisiones del magistrado o juez, por (i) causas administrativas o (ii) causas culturales”. Ricardo Ezqueda, Ricardo Andrés. “La política de descongestión judicial 2009-2014, un costoso e ineficiente

los flagelos de mayor escala que la administración de justicia y los actores, que en el marco de ella interactúan, han tenido que enfrentar<sup>5</sup>. A lo largo de varias décadas, los usuarios de este poder público, día a día, han podido constatar cómo sus necesidades jurídicas siguen en la actualidad insatisfechas o una respuesta definitiva a las mismas ha tomado aproximadamente 10 o 15 años en ser exteriorizada.

Así las cosas, gracias a los prolongados períodos de duración de los procesos judiciales, los abogados litigantes al momento de la presentación de demandas han tenido no solo que conocer el derecho vigente en tal instante, sino también efectuar una labor de adivinación o de proyección del estado del precedente judicial en la materia en los siguientes 10 años, con el fin de anticipar la postura que el juzgador del futuro podría aplicar a su caso concreto, para luego seleccionar los argumentos a esbozar o la regla jurídica que cree regirá dicho conflicto.

En otros términos, producto de los largos períodos que transcurren entre el inicio del trámite procesal y el momento en que se va a poner fin a determinada controversia por parte del operador judicial, resulta altamente probable que la línea jurisprudencial que regía los parámetros de resolución del conflicto haya variado sustancialmente, beneficiando o afectando los intereses de alguna de las partes.

Es precisamente dicha problemática la que el presente artículo, a partir de casos concretos, pretende visibilizar para responder a la siguiente pregunta ¿viola la aplicación inmediata de los cambios jurisprudenciales derechos de las partes como son la igualdad y la confianza legítima? Ante un fenómeno como el empleo retroactivo de los cambios de precedente, ¿existen soluciones procesales para atenuar sus efectos adversos?

---

esfuerzo". *Revista de Derecho Público*, (36). Junio, 2016. Bogotá. Universidad de los Andes. DOI: <http://dx.doi.org/10.15425/redpub.36.2016.06>.

<sup>3</sup> "Entendida como el volumen de la demanda superior a la capacidad razonable de respuesta de la Rama Judicial, y el atraso endémico de la justicia, entendido como la demora en la definición de la controversia jurídica sometida a consideración del juez, respecto del tiempo normativo establecido para la decisión del mismo". Londoño, Mabel. "La congestión y la mora judicial: el juez, ¿su único responsable?". *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. 38 (109). 2008. Medellín. Universidad Pontificia Bolivariana. Obtenido de revistas: <https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/669>

<sup>4</sup> ARDILA TRUJILLO, Mariana. "La prohibición de dilaciones injustificadas en la jurisprudencia constitucional". *Revista Derecho del Estado*, (23). 2009. Bogotá. *Universidad Externado de Colombia*. Obtenido de: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/468>

<sup>5</sup> ROJAS GÓMEZ, Miguel Enrique. *Apuntes sobre la ley de descongestión*. Segunda edición. Bogotá. Editorial Doctrina y Ley. 2011, p. 15.

De forma afortunada o desafortunada dependiendo del extremo dogmático en que se encuentre el lector, podrá calificar lo acertado o no que resulta la aplicación inmediata de los cambios jurisprudenciales a los casos que son objeto de juzgamiento muchos años luego de la iniciación de estos.

Con base en lo anterior, este escrito constará de cuatro partes. El primero de estos, propondrá dos casos problemáticos, los cuales tienen como propósito concientizar al lector a partir de situaciones de frecuente ocurrencia en los estrados judiciales de nuestro país.

En segundo lugar, se expondrá un acápite de carácter descriptivo, el cual vislumbrará las posiciones jurisprudenciales principales y más recientes que alimentan el presente debate. Por un lado, se desarrollarán algunos de los argumentos que apoyan la necesidad de modular o limitar el uso automático de las mutaciones del precedente con el fin de preservar la seguridad jurídica y la confianza legítima de las partes en disputa, para luego reseñar la tesis contraria, relacionada con la aplicación inmediata de los cambios jurisprudenciales.

En tercer término, se tomará partido en relación con tal controversia, es decir, se argumentarán las razones que a criterio personal resultan preponderantes para afirmar que es necesaria una modulación de la aplicación inmediata de los giros del precedente judicial, empleando la llamada doctrina de la jurisprudencia anunciada o prospectiva.

Finalmente, a manera de aporte, se plantearán los que hemos denominado los “*remedios procesales*”, como posibles alternativas para solventar los problemas del uso retroactivo y retrospectivo de las mutaciones objeto de análisis.

## 1. Precisiones metodológicas

Previo al inicio del estudio de este controversial tema, es imperioso efectuar tres precisiones metodológicas. La primera es que ante la limitación espacio temporal existente para esbozar estas preocupaciones, se ha optado por circunscribirse a los pronunciamientos que en los últimos años ha elaborado la Sección Tercera del Consejo de Estado colombiano frente a la problemática *sub judice*, por ser este el órgano de cierre de la justicia colombiana que más ha sentado posición respecto al mismo y, por ser el más afectado con el fenómeno de la congestión judicial, lo cual, obviamente, impacta de manera directa el tiempo de respuesta efectiva para desatar las causas y por ende, aumenta la posibilidad de que se varíe el precedente.

En segundo término, se subraya que más allá de la polémica respecto a las nociones de precedente, jurisprudencia, doctrina probable, sus grados de vinculatoriedad o significado en nuestro ordenamiento jurídico, lo cierto es que este

documento parte de la idea que los pronunciamientos judiciales -motivos de la decisión o la *ratio decidendi*<sup>6</sup> exclusivamente-, en especial de las cortes de cierre, constituyen una fuente de derecho que genera obligatoriedad para toda la sociedad, la cual deviene no solo de su autoridad y legitimidad, sino de su suficiencia argumentativa, en términos de Alexy. Así las cosas, muchas veces se usarán estas expresiones como sinónimas, a pesar de reconocer que desde la teoría jurídica existen interesantes debates respecto a cada una de estas instituciones y sus contenidos<sup>7</sup>, hecho que desborda el objetivo de esta corta reflexión.

Finalmente, se aclara que todas las discusiones alrededor de la aplicación del precedente tienen sustrato en la medida en que existan pronunciamientos pacíficos o líneas mayoritarias consolidadas respecto de cierto punto de derecho, pues, de presentarse posturas radicalmente encontradas, de solo estar ante pronunciamientos insulares o a mutaciones derivadas de cambios legales, resulta complejo mantener debates como el que les presentaré a continuación. Lo anterior, en razón a que los postulados de la seguridad jurídica, la igualdad y especialmente la confianza legítima se debilitan ante la variedad de escenarios que el usuario de la administración de justicia conocía al momento de adentrarse en la aventura que implica un proceso judicial.

## 2. Casos problema

Ahora bien, delimitado el tema de este escrito, quisiéramos, con la anuencia de los lectores por supuesto, exponer dos relatos que esperamos despierten cuestionamientos similares a los que nos generaron en el instante que tuvimos conciencia de los mismos.

Como apoderados de una firma constructora miembro y representante de un consorcio o de una unión temporal, son consultados por el gerente de la misma respecto a la posibilidad de demandar al Estado por un incumplimiento contractual producido por este último durante la ejecución de un negocio jurídico de obra. Ante tal cuestionamiento y conocedores de la posición jurisprudencial actual del Consejo de Estado respecto a la capacidad procesal de los consorcios y uniones temporales para comparecer a los procesos, a través del representante de dicha figura<sup>8</sup>, responden positivamente con absoluto rigor jurídico a tal directivo.

<sup>6</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-540 de 2017, 22 de agosto de 2017, MP. Alejandro Linares Cantillo. Exp. T-6.119.970.

<sup>7</sup> Al respecto ver: LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces*. Segunda edición. Bogotá. Editorial Universidad de los Andes. 2005, pp. 230-260.

<sup>8</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SALA PLENA, sentencia de 25 de septiembre de 2013, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. exp. 19933.

Interponen la demanda con base en el poder otorgado por el referido representante, la misma es admitida, se integra el contradictorio, se surte el trámite correspondiente, se falla en primera instancia, la sentencia es apelada y años después, al momento de desatarse la alzada, el magistrado sustanciador miembro del máximo tribunal de lo contencioso administrativo decide llevar su caso a Sala Plena con el objetivo de variar la línea jurisprudencial hasta la época reinante y retomar la posición inicial, la cual concluía que los consorcios y las uniones temporales, al no ser personas jurídicas, no contaban con capacidad procesal<sup>9</sup> en los términos del artículo 53 del Código General del Proceso (CGP).

Así las cosas, efectuado el referido giro, el mismo es aplicado de inmediato a su caso y, en consecuencia, sus pretensiones no fueron acogidas, perdiendo con tal decisión no solo el proceso, sino la confianza de la persona que le dio poder para representar sus intereses.

Otro de los múltiples supuestos de hecho como el narrado anteriormente se presenta cuando las víctimas de un caso de privación injusta de la libertad acuden a su oficina de abogado con el objetivo de contar con su ayuda para reclamarle al Estado por el tiempo, meses o años, que duró su familiar recluido en un centro carcelario sin que fuera encontrado responsable de los delitos que se le imputaron y además, por la destrucción del buen nombre que menoscabó a tal grupo de personas al haber sido su padre acusado y divulgado en las noticias del poblado por supuestamente ser miembro de un actor ilegal del conflicto armado.

Al momento de la presentación del libelo introductorio, los dictados de la jurisprudencia de manera pacífica disponían que tal perjuicio se repararía a través de una indemnización, es decir, es forma pecuniaria. Sin embargo, años después y luego de un cambio de precedente, deberá informarles que tal perjuicio será resarcido de otra manera, como la expedición de una carta donde el Estado se disculpa por los años en que duró su familiar encarcelado.

Es por lo anterior que situaciones como las reseñadas han motivado la redacción y exposición de estas breves líneas, con la única pretensión de despertar la necesidad de reflexionar frente a estas y animarse a aportar soluciones o argumentos que alimenten tan interesante debate jurisprudencial y doctrinal.

---

<sup>9</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, auto del 7 de diciembre de 2005, C.P. Alíer Hernández Enríquez, exp. 27651.

### 3. La aplicación temporal del precedente en las providencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado colombiano

#### 3.1 Aplicación prospectiva

El 27 de junio de 2017<sup>10</sup>, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado en el proceso identificado con el número interno 33945, actor Yamid Weimar Rey Velasquez en contra del municipio de Acacias, Meta y otros, con ponencia del doctor Hernán Andrade Rincón, pronunció la más reciente sentencia de unificación sobre la reparación de perjuicios patrimoniales –específicamente lucro cesante– y por afectación a bienes constitucional y convencionalmente protegidos derivados del fallecimiento de personas dedicadas a la economía doméstica o del hogar “mal llamados amas o amos de casa”.

Sin embargo, más allá de la gran relevancia del pronunciamiento por las discusiones dogmáticas generadas alrededor del resarcimiento de los menoscabos infringidos, lo cierto es que en este el juez contencioso empleó varias líneas con el fin de determinar los efectos que tal providencia generaría en los futuros casos objeto de estudio por la alta Corporación.

La reflexión objeto de análisis la efectuó la Sala Plena al momento de pronunciarse respecto a la nueva tipología autónoma del perjuicio conocida

---

<sup>10</sup> Vale destacar que el 8 de junio del mismo año, la Subsección B de esta misma Sección adoptó una sentencia en la cual trató de forma importante el problema de la aplicación retroactiva del precedente judicial, la cual no es desarrollada en el presente texto por ser anterior al pronunciamiento de la Sala Plena, el cual, aparentemente, ponía fin a la actual discusión. Al respecto concluyó dicho proveído: “*Se precisa, entonces, que los cambios de velocidad o de revocatoria de la jurisprudencia, particularmente los que contienen asuntos de orden procesal –jurisdicción, la competencia, la caducidad, la escogencia adecuada de la acción o medio de control–, no pueden aplicarse de manera retroactiva cuando afecten el derecho de acceso a la administración de justicia. No sería lógico que al momento de presentarse la demanda, el usuario de la administración de justicia, habiendo puesto su confianza, desde un punto de vista histórico, en un criterio jurisprudencial que lo conducía plausiblemente a determinar la manera correcta de reclamar sus derechos vulnerados ante la administración de justicia, posteriormente resulta dicho criterio modificado por esa misma autoridad judicial y el mencionado usuario afectado –al hacer el cambio de velocidad jurisprudencial– por el anunciado giro, con lo que se lo asaltaría en su buena fe y se le negaría, sobretodo, el libre acceso a la administración de justicia, ya que el juez, al amparo del nuevo criterio procesal, se inhibiría de fallar de fondo el litigio puesto a su consideración o negaría las pretensiones en atención al nuevo criterio procesal*”. COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B, sentencia de 8 de junio de 2017, C.P. Ramiro Pazos Guerrero, exp. 41233.



como afectación a bienes constitucional y convencionalmente protegidos<sup>11</sup>. En dicho evento, este órgano de cierre argumentó que las labores de cuidado y protección del núcleo familiar no debían repararse exclusivamente con un ingreso cobijado por la presunción del salario mínimo, sino que, además, debía compensarse un menoscabo inmaterial al transgredirse el derecho fundamental a la familia, al desaparecer o lesionarse a la madre o al padre que se encargaba de dirigir, administrar y proteger a los integrantes del hogar.

Al respecto, de manera textual arguyó la providencia<sup>12</sup>:

*Las llamadas responsabilidades domésticas o actividades de cuidado son de contenido personalísimo y, por lo tanto, no pueden ser reparadas como perjuicio de contenido material ya que no es posible tasarlas por equivalente en la medida que no pueden ser trasladadas a una persona mediante contrato laboral o de prestación de servicios*

Así las cosas, este cuerpo colegiado encajó el detrimento estudiado en la categoría residual expuesta, entre otras<sup>13</sup>, en la sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 28 de agosto de 2014, exp. 32.988 C.P. Ramiro Pazos Guerrero, los cuales son reparados de manera preferencial a través de medidas no pecuniarias y excepcionalmente, cuando tal resarcimiento no fuere posible, se abriría paso una indemnización de hasta 100 SMLMV solo para la víctima directa.

Sin embargo, lo curioso de este fallo, más allá de las interesantes disertaciones en punto de la responsabilidad del Estado, es la modulación o el uso de la figura de la jurisprudencia anunciada bajo el sustrato del respeto del derecho de contradicción y del debido proceso. Recordemos brevemente los apartes con mayor relevancia en relación con lo descrito<sup>14</sup>:

---

<sup>11</sup> “cualquier otro bien, derecho o interés legítimo constitucional, jurídicamente tutelado que no esté comprendido dentro del concepto de “daño corporal o afectación a la integridad psicofísica” y que merezca una valoración e indemnización a través de las tipologías tradicionales como el daño a la vida de relación o la alteración grave a las condiciones de existencia o mediante el reconocimiento individual o autónomo del daño (v.gr. el derecho al buen nombre, al honor o a la honra; el derecho a tener una familia, entre otros)” Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia de 27 de junio de 2017, C.P. Hernán Andrade Rincón, exp. 33945.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

<sup>13</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SALA PLENA. Sentencia de 28 de agosto de 2014, MP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, exp. 26251.

<sup>14</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SALA PLENA, sentencia de 27 de junio de 2017, C.P. Hernán Andrade Rincón, exp. 33945.



*Ahora bien, comoquiera que esta sentencia de unificación comporta una modificación jurisprudencial que tendría efectos en la tasación y liquidación de nuevos perjuicios frente a los cuales no operó el principio de contradicción, la Sala empleará la figura de la jurisprudencia anunciada y, por tal motivo, esta alteración del precedente **solo será aplicable a los procesos que se inicien con posterioridad a esta providencia**, en aras de garantizar los principios constitucionales al debido proceso y a la defensa de las entidades y sujetos demandados ante esta jurisdicción.*

*Por tal motivo, la Sala no estudiará de fondo el reconocimiento de daños derivados a bienes convencional y constitucionalmente protegidos en el sub examine (énfasis fuera del texto).*

Del aparte traído a colación, parecería palmario o evidente que la mayoría de la Sala Plena del juez de la responsabilidad del Estado es coincidente en prohijar el derecho de contradicción y defensa al momento de determinar la aplicación inmediata o el inicio de los efectos de un cambio de precedente. Así las cosas y en armonía con un análisis dinámico de la jurisprudencia en términos de Diego Eduardo López Medina<sup>15</sup> y el respeto del derecho a la igualdad, parecería al menos previsible que de allí en adelante, frente a casos similares, las distintas subsecciones de la Sección Tercera se adecuarían a tal *ratio decidendi* modulando los efectos y la aplicación de la teoría de la afectación a bienes constitucional y convencionalmente protegidos a procesos iniciados con posterioridad a su introducción a inicios de esta década.

No obstante, es factible constatar que ello no ha ocurrido de tal manera, pues en asuntos como la privación injusta de la libertad de ciudadanos, el máximo tribunal de lo contencioso administrativo sí hace uso de tal tipología autónoma de perjuicios para juzgar casos o controversias iniciadas mucho antes de la recategorización de otras modalidades de menoscabos como el daño a la vida en relación, para reparar disminuciones al derecho al buen nombre y a la honra<sup>16</sup>.

Vale destacar que respecto de esta sentencia del doctor Andrade se presentó un extenso salvamento conjunto de voto de los magistrados Santofimio y

<sup>15</sup> LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces*. Capítulo 5. Segunda edición. Bogotá. Editorial Universidad de los Andes. 2005.

<sup>16</sup> Entre muchas otras ver: COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, sentencia de 22 de junio de 2017, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. exp. 49067; Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 30 de noviembre de 2017, C.P. Danilo Rojas Betancourth, exp. 54397; y, Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 6 de diciembre de 2017, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, exp. 54284.

Conto, los cuales manifestaron estar en desacuerdo respecto del precedente prospectivo en razón a que<sup>17</sup>:

*la Sala acepta explícitamente del daño y al tiempo declara que no será reparado, desconoce el artículo 90 Constitucional y el mandato de reparación integral de la Ley 446 de 1998, en cuanto opta porque la víctima mantenga su condición de damnificada, dado que la reparación integral se trata como una simple aspiración.*

Señalaron los jueces disidentes que, aunque reconocían que el uso inmediato de los cambios jurisprudenciales podría traer consecuencias como hacer incognoscible el significado de las normas y, por lo tanto, “*ello degeneraría en un auténtico estado de anomia, con las consecuencias sociales concomitantes*”, lo anterior no significaba necesariamente que estos giros debieran limitarse, pues “*si la función judicial tiene por objeto reconocer y hacer efectivos los derechos concretos de los asociados (o lo que es lo mismo, la justicia), carece de razón sacrificar la justicia en aras de la certeza*”.

De igual forma, el salvamento realiza una crítica que en nuestro concepto es bastante acertada, consistente en que la aplicación diferida del nuevo precedente vulnera las garantías procesales del caso siguiente al que se aplique, en el evento que solo se excluya de la nueva regla al litigio concreto en que la misma fue alterada.

En otros términos, se comparte la idea consistente en que sí se aplica la nueva subregla a todos los casos a partir de la sala siguiente en que el mismo fue adoptado, se tomaría por sorpresa a las partes de tal controversia, lo que, al igual que los actores del proceso en que se dio el viraje, cuando lo iniciaron, no conocían esa nueva postura del operador judicial.

No obstante, es necesario precisar, que tal crítica no era aplicable a la sentencia examinada, toda vez que la misma fue clara en sostener que la forma de reparación del perjuicio autónomo de afectación a bienes constitucional y convencionalmente protegidos solo se aplicaría a los procesos *iniciados* con posterioridad a la adopción de la sentencia y no como indica el voto disidente, desde la siguiente oportunidad en que el juez contencioso se enfrentara a un caso con similar sustento fáctico.

Finalmente destacó el voto disidente traído a colación<sup>18</sup>:

---

<sup>17</sup> Salvamento de voto a la providencia: Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia de 27 de junio de 2017, C.P. Hernán Andrade Rincón, exp. 33945.

<sup>18</sup> *Ibidem*.

*Tratándose de un supuesto fáctico que dista mucho de ser excepcional, en el medio judicial colombiano, tampoco es razonable diferir la aplicación de la jurisprudencia más **justa** a un supuesto en el que los casos con igual o similar situación fáctica, iniciados antes de la sentencia que anuncia el cambio de jurisprudencia, hayan sido resueltos, pues ello conllevaría una espera de décadas, dado el conocido estado de congestión que aqueja sistemáticamente a la rama judicial (...)* (énfasis fuera del texto).

Del aparte citado se estima que debe concentrarse la atención en tres de estas palabras, “*jurisprudencia más justa*”, pues toda la teoría respecto a la evolución del precedente se basa en el dogma que la interpretación posterior es mejor o más justa, lo cual necesariamente no es cierto. Basta solo con imaginar una corte integrada por una mayoría de magistrados con ideologías restrictivas que, en lugar de ampliar el espectro de reconocimiento de derechos, limiten el ámbito de aplicación de los mismos.

De igual forma, otro de los inconvenientes de afirmar que el nuevo precedente es más “justo” se vislumbra en escenarios de congestión judicial como el colombiano, donde la nueva postura pudo ser adoptada más de una década después al acaecimiento de los hechos en disputa, circunstancia que implica que el contexto social no sea el mismo y, tal vez, ese nuevo precedente no se adapte a las necesidades que afrontaban las partes años atrás.

Ahora bien, planteada la discusión y dado lo poco pacífico del tema, en el mes de septiembre del año inmediatamente anterior, el Consejo de Estado retomó esta controversia y dos de las Subsecciones de la Sección Tercera, a pesar de haberse sentado una posición unificada, expidieron providencias que ostentan sentidos contrarios, hecho que hace necesario traérselas a colación por lo rico de su argumentación y valor jurídico para la reflexión de este tipo de dilemas.

La primera de ellas es la pronunciada el 4 de septiembre de 2017, menos de tres meses después de la recientemente comentada, por la Subsección C de la Sección Tercera en el marco del expediente n.º 57279 donde fungía como actor Carlos René Santamaría y otros en contra del Instituto Nacional de Vías –Invías-, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. El tipo de proceso era una acción de controversias contractuales y la síntesis de los hechos a manera de contextualización era básicamente una disputa por la competencia temporal con que contaba la administración para expedir un acto de caducidad del negocio jurídico y la petición de liquidación judicial del mismo.

Ahora bien, lo relevante para este escrito es el énfasis que esta providencia efectuó respecto a la prohibición de la aplicación retroactiva del precedente con ocasión del respeto a las garantías judiciales y la no defraudación de la confianza legítima, a partir de lo cual prohijó y empleó, para darle respuesta al caso concreto, la regla jurisprudencial vigente al momento de los hechos objeto

de controversia no necesariamente homogénea a la que actualmente desarrolla esa Corporación.

Como fundamento de tal postulado, el Consejo de Estado defendió la necesidad de brindar una respuesta coherente al conglomerado social que actuó atado a los dictámenes del derecho jurisprudencial vigente al momento en que tuvo que decidir qué postura jurídica tomar en relación con un caso concreto, y no aquella que en la actualidad fuera considerada más adecuada en un lenguaje argumentativo, pero no necesariamente coincidente con la posición de antaño.

En otros términos, lo que buscó en este caso el juez contencioso fue no castigar a la administración o al ciudadano varios años después de materializada su conducta por haber respetado con claridad los cánones dictados por este mismo cuerpo colegiado tiempo atrás. De manera explícita sostuvo el fallo *sub examine*<sup>19</sup>:

*(...) de ahí que la racionalidad de observar y seguir un precedente se justifique, en esencia, por la consecución de los fines de coherencia, uniformidad, predictibilidad y sistematicidad, razones éstas protegidas al amparo de la cláusula de Estado de Derecho*

*(...)*

*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 notables al nuevo asunto conocido.*

Así las cosas, a partir de los apartes traídos a colación, este proveído continuó desarrollando su argumentación con base en dos valores que se consideran de mayúscula importancia como son la seguridad jurídica y la igualdad de los sujetos que a diario emprenden acciones en el mundo de lo normativo.

Afirmó entonces la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, que de forma similar a lo que ocurre con los cambios legislativos y la consecuente necesidad del respeto de expectativas legítimas que obligan el uso de regímenes de transición, las variaciones de las subreglas jurisprudenciales y, por ende, la evolución de la hermenéutica jurídica, no pueden sacrificar los derechos de quienes actuaron arropados o cobijados bajo los postulados de lo

<sup>19</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN C, sentencia de 4 de septiembre de 2017, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. exp. 57279.

que en su momento constituía la “jurisprudencia vigente”. Al respecto señaló el pronunciamiento<sup>20</sup>:

*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.*

Por ello, si lo que pretende el derecho y más ahora en estos tiempos donde campea la corrupción y el desapego por toda institucionalidad, es de alguna forma orientar el comportamiento humano, mal haría el mismo juzgador que más de 10 años después de la ocurrencia de los hechos “castigue”, absuelva o condene a un sujeto de derechos por desconocer preceptos que al instante del acaecimiento de los sucesos *sub examine* no se habían vislumbrado.

Resulta evidente, dice entonces este fallo, que la prohibición de aplicación retroactiva de la jurisprudencia viene a estar respaldada por el debido proceso y las garantías judiciales consagradas en el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), la máxima de libertad personal, el principio de igualdad y la confianza legítima.

Al respecto, el contencioso administrativo se valió del caso Narciso Palacios vs. Argentina de la Comisión Interamericana, en el cual se cuestionó el rechazo de una demanda con ocasión de una tesis jurisprudencial introducida al ordenamiento luego de presentado el libelo introductorio. Textualmente señaló la Comisión<sup>21</sup>:

*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.*

*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*

<sup>20</sup> Ibídem.

<sup>21</sup> ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Narciso Palacios c/ Argentina. Informe No. 105/99. Caso 10.194. 29 de septiembre de 1999. Citado por: Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 4 de septiembre de 2017, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, exp. 57279.

*cual impide que el acceso a la justicia se convierta en un desagradable juego de confusiones en detrimento de los particulares (...)*

Si bien este antecedente no es en estrictos términos una regla que constituya precedente, lo cierto es que la referencia deja claro lo relevante y peligroso que puede ser el uso ligero de la institución objeto de examen en este texto, no solo cerrando las puertas de la jurisdicción como en el *sub lite*, sino también variando las reglas de juicio y de comportamiento que los asociados debemos seguir en nuestro diario vivir.

En cuanto a la defraudación de la confianza legítima y el respeto de la buena fe, especialmente de los litigantes en contienda, el Consejo de Estado destacó la relevancia de la expectativa que tienen los que acuden al aparato jurisdiccional de ser juzgados conforme a los derroteros prohijados cuando ocurrieron los eventos objeto de conocimiento y no bajo el amparo de unos criterios nuevos e inesperados “(...) *para quienes, en su momento, obraron conforme a las pautas jurisprudenciales vigentes para entonces*”, dijo el fallo<sup>22</sup>.

En complemento de todo lo referido, cuando se piense en la aplicación retroactiva de cierta regla de decisión, siempre tendrá que tenerse presente la cuestión de la igualdad como valor y piedra angular de la doctrina del precedente, pero también como uno de sus más grandes problemas prácticos. Pensemos en la siguiente situación:

Dos familias afectadas por un mismo acto terrorista de un grupo guerrillero o paramilitar. Ambas demandaron en sede de reparación directa, obtuvieron sentencia favorable de primera instancia por un tribunal administrativo y los dos fallos fueron objeto de recurso de apelación ante el máximo tribunal de lo contencioso administrativo.

Respetando el derecho al turno, el primer proceso fue resuelto bajo la tesis jurisprudencial vigente prefiriéndose sentencia condenatoria (riesgo excepcional, riesgo conflicto, daño especial o cualquier título de imputación). Un mes después, cuando la segunda *litis* fue objeto de sustanciación, el mismo consejero ponente, decidió elaborar un proyecto para variar la línea de responsabilidad estatal por la aplicación de la causal eximente de hecho de un tercero, proponiéndose una sentencia absolutoria al emplear en el caso concreto la postura recién mutada.

En este evento, observamos de forma evidente la dificultad de la aplicación retroactiva, antes referida. Dos casos concretos donde no era posible aplicar la

---

<sup>22</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN C, sentencia de 4 de septiembre de 2017, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, exp. 57279.

regla del *distinguish*, terminaron siendo resueltos de forma disímil como consecuencia del uso inmediato de la nueva interpretación judicial. Es decir, sin hacer uso del precedente prospectivo.

Sin embargo, a pesar de la contundencia que en nuestra opinión ofrecen los argumentos reseñados, es necesario poner de presente que la sentencia comentada cuenta con una aclaración de voto presentada por el Consejero Guillermo Sánchez Luque, en la cual se indica que, aunque el nuevo criterio jurisprudencial debe ser aplicado de forma inmediata, incluso al caso objeto de decisión, tal regla sería exceptuada en el evento que se vean comprometidos los derechos al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, premisa ya de por sí, bastante etérea.

En similar sentido, la aclaración arguye que otros eventos donde no se da uso inmediato a la jurisprudencia rectificadora son cuando se especifica que se va a emplear la figura del precedente prospectivo y en caso que “(...) *la administración haya hecho referencia explícita a una jurisprudencia, vigente y reiterada, al momento de adoptar la decisión y alegó ese hecho como medio de defensa en las etapas procesales respectivas*”<sup>23</sup>. Es decir, cuando la nueva posición sorprendería a las partes al no haber sido sujeta a discusión en el marco del proceso objeto de decisión.

Antes de continuar, es preciso destacar que la postura aquí esbozada no riñe con la facultad de modificación del precedente, pues, aunque jamás podrá ponerse en entredicho la posibilidad de la separación por parte del juzgador de la jurisprudencia vigente, o que la corte de cierre modifique su postura respecto de cierta institución jurídica, lo que se conoce en derecho anglosajón como –*overruling*–, lo cierto es que el deber de transparencia y la carga argumentativa suficiente<sup>24</sup> que facultan esta mutación de la subregla no implica que la misma sea empleable, de manera general, en forma retroactiva<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> Aclaración de voto a: Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 4 de septiembre de 2017, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, exp. 57279.

<sup>24</sup> La transparencia obliga a que el operador judicial “*haga referencia al precedente que abandona, lo que significa que no puede omitirlo o simplemente pasarlo inadvertido como si nunca hubiera existido*”; y la suficiencia implica que “*ofrezca una carga argumentativa seria mediante la cual explique de manera suficiente y razonada los motivos por los cuales considera que es necesario apartarse de sus propias decisiones o de las adoptadas por un juez de igual o superior jerarquía*”. Colombia. Corte Constitucional, sentencia SU-354 de 2017, 25 de mayo de 2017, M.P. Iván Humberto Escrucería Mayolo, exp. T-5.882.857.

<sup>25</sup> En sentido similar la Sala Plena de la Sección Tercera aclaró que: *Lo anterior* [refiriéndose a los cambios jurisprudenciales] *no significa que el Consejo de Estado no esté habilitado*



Otro ejemplo que demuestra el complejo efecto del empleo inmediato del cambio de precedente es el que se constató en la Sección Tercera del Consejo de Estado en los eventos relacionados con posibilidad de renunciar o no tácitamente al pacto arbitral. De manera relativamente pacífica, la jurisprudencia de este cuerpo colegiado aceptaba la tesis de que, si una parte demandaba ante el juez ordinario aun existiendo pacto arbitral, y la contraparte no proponía la excepción previa correspondiente o, al menos, ponía de presente la situación impugnando el auto admisorio, entonces se entendía que estos renunciaban al negocio jurídico que les obligaba a acudir a la jurisdicción arbitral<sup>26</sup>.

Sin embargo, el 18 de abril de 2013, la Sala Plena de la Sección Tercera (no de manera unánime pues los consejeros Conto y Rojas salvaron el voto), decidió virar su precedente y determinó que no era posible aplicar la institución de la renuncia tácita al pacto arbitral, principalmente, con base en el hecho que por tratarse de un contrato estatal, este debía ostentar la solemnidad de estar por escrito, lo cual no se cumplía en eventos como los reseñados<sup>27</sup>.

Empero, más allá de la discusión de fondo respecto a la posición del máximo tribunal de lo contencioso administrativo, la cual valga la pena mencionarlo quedó abolida con la expedición del parágrafo del artículo 21 de la Ley 1563 de 2012, lo cierto es que lo complejo de dicha decisión es que determinó que el cambio jurisprudencial se aplicaría de forma inmediata, lo que trajo como consecuencia directa que en varios expedientes que llevaban varios años esperando turno para fallo se declarara la nulidad de todo lo actuado por falta de jurisdicción al verificarse que existía, generalmente, cláusula compromisoria.

Véase como, al momento de la interposición de la demanda, la parte demandante amparada en el precedente vigente accionó ante el contencioso administrativo esperando, tal vez, que su contraparte guardara silencio y así

---

*para revisar su jurisprudencia, esto es, para modificar su criterio bien porque adopte uno nuevo que juzgue más apropiado, ya porque se adapte a los continuos cambios sociales. Pero estos cambios no pueden suponer afectación del derecho de acceso a la justicia, como sucedería justamente en punto de la definición de la acción procedente para demandar al Estado.* Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia de 4 de mayo de 2011, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, exp. 19957.

<sup>26</sup> Entre otros pronunciamientos ver las siguientes providencias: Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de septiembre de 2003, C.P. Alier Hernández Enríquez, exp. 10883; Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera sentencia de 16 de marzo de 2005, C.P. María Elena Giraldo Gómez, exp. 27934; y, Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 23 de junio de 2010, C.P. Enrique Gil Botero. exp. 18395.

<sup>27</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SALA PLENA, auto de 18 de abril de 2013, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, exp. 17859.

se habilitara la competencia del juez natural de la causa. Todo transcurrió con normalidad, se resolvió en primera instancia, y una década después, gracias a un nuevo precedente, todo el proceso resultó anulado ante una supuesta falta de jurisdicción.

### 3.2 Aplicación retroactiva<sup>28</sup>

Sin embargo, como se anunció en precedencia, días después de emitida la providencia comentada, la Subsección B de la Sección Tercera del máximo tribunal de lo contencioso administrativo más precisamente, el 25 de septiembre de 2017, adoptó un pronunciamiento en sentido totalmente contrario bajo el expediente identificado con el número interno 50892.

En este importante auto se aplicó retrospectivamente los dictados de una jurisprudencia de unificación pronunciada cuando ya el proceso origen de la controversia había sido admitido. En cuanto a la defensa del uso inmediato de los cambios jurisprudenciales como respuesta a la tensión existente entre la necesidad de actualización de las decisiones jurisdiccionales y la seguridad jurídica, este proveído sostuvo varios interesantes argumentos como aquel que defiende que la nueva solución al caso concreto se estima mejor que aquella en la que se fundaba el precedente superado -mayor acuerdo con el ordenamiento jurídico-, salvo que<sup>29</sup>:

*(...) dicha aplicación afecte de modo tal el derecho a la igualdad, al debido proceso, a la defensa o principios como el de la seguridad jurídica u otros consagrados por el mismo ordenamiento, que el costo resulte abiertamente desproporcionado en relación con las razones que justificaron el cambio, caso en el cual sería necesario optar por fijarle efectos prospectivos (...)*

No obstante lo fuerte de esta posición en términos de dialéctica, tal como se sostuvo anteriormente, en nuestra concepción no existen evidencias que sustenten el hecho que una nueva regla por el simple hecho de ser más reciente

<sup>28</sup> “En términos más precisos, la eficacia retroactiva de la jurisprudencia sólo puede referirse a los casos en los que el justiciable actúa con base en una jurisprudencia que, posteriormente, resulta modificada por una nueva orientación que tiene efectos retroactivos, es decir, que afecta situaciones jurídicas o estados procesales realizados en el pasado, precisamente, con base u obligado por la jurisprudencia objeto de esa modificación”. Alvarado Esquivel, Miguel. ¿Se acabaron los efectos retroactivos de la jurisprudencia? En: Revista del Instituto de la Judicatura Federal. N.º 34. México. Disponible en: <https://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/34/alvarado.pdf>

<sup>29</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B, auto de 25 de septiembre de 2017, C.P. Danilo Rojas Betancourth. exp. 50892.

implique que sea una mejor respuesta a un caso concreto que aquella que fue reformulada, pues basta con consultar al realismo norteamericano para darse cuenta que las mutaciones de las posiciones de los operadores judiciales se pueden producir por distintos factores como la conformación de la Sala en cierto día, porque alguno de los integrantes no asistió a la sesión o, incluso, el estado de ánimo con que se levantaron los miembros del panel de decisión.

En segundo lugar, arguyó el proveído que en escenarios de congestión judicial como el colombiano, el empleo prospectivo del precedente implicaría que los cambios solo se verían reflejados varios años después del momento en que fueron adoptados, dificultando así la labor jurisdiccional y retrasando la evolución de la jurisprudencia pues al ser los períodos de los magistrados de solo ocho años, ello implicaría que deban emplear líneas decisionales establecidas por sus antecesores –“posturas anacrónicas”–

En un tercer aparte, la providencia comentada efectuó una modulación propia a la regla de la aplicación retroactiva y retrospectiva, pues argumentó que la nueva visión no debía usarse de inmediato, cuando con ella se restrinja el acceso a la administración de justicia, lo cual parece razonable en los términos de la Comisión Interamericana antes citados, o cuando se presente una o varias de las siguientes situaciones<sup>30</sup>:

*i) las partes en un litigio hayan fundado sus pretensiones o defensa, según el caso, única y exclusivamente en el precedente vigente al momento de su actuación ante la jurisdicción; ii) lo bien fundado de dicho precedente no haya sido cuestionado en el trámite del proceso; y iii) el cambio opere en un estadio procesal en el que resulte imposible reconducir las pretensiones o replantear la defensa pues, en esas circunstancias, la aplicación de la nueva regla jurisprudencial no sólo sorprendería a las partes sino que, de facto y sin posibilidades de reformular los términos del litigio, dejaría sin sustento la posición jurídica defendida por una de ellas.*

Como puede evidenciarse, en nuestro concepto, las excepciones planteadas –que se comparten plenamente–, hacen que los casos en que se pueda emplear retroactivamente el nuevo precedente sin violar garantías sean pocos, en razón a que en la mayoría de los casos las partes no discuten lo ajustado al ordenamiento que era la postura reformulada, los intervinientes tienen como sustrato de sus pretensiones o excepciones las decisiones de la corte de cierre de la especialidad de la jurisdicción ante la que se debate o, aún peor, estos virajes se adoptan cuando ya los actores del conflicto no pueden intervenir pues el proceso se encuentra en etapa de fallo.

---

<sup>30</sup> Ibídem.

Es precisamente ante estas situaciones donde entran entonces en juego los llamados “*remedios procesales*” que intentaremos proponer más adelante.

Así las cosas, a pesar de lo bien argumentado, construido y lo razonable de muchos de los puntos esbozados por el proveído bajo análisis, lo cierto es que la preocupación que este mismo refleja en relación con la posible transgresión del debido proceso, la seguridad jurídica y la confianza legítima de las partes en conflicto, implican que los casos en que estos no se perturben y se abra paso la aplicación retroactiva de un cambio jurisprudencial, sean bastante excepcionales.

### 3.3 La “tercera vía”

Ahora bien, además de las dos alternativas reseñadas, se ha planteado una tercera posibilidad, la cual consiste en aplicar retroactivamente el cambio jurisprudencial siempre que este sea benigno, haciendo una analogía con el principio de favorabilidad en materia penal. Sin embargo, el interrogante central que nacería sería entonces ¿favorable a quién? ¿Al demandante? ¿Al demandado? La mayoría tenderían a responder que al actor, pues con ello se privilegia el acceso a la administración de justicia.

En desarrollo de esta tesis un sector de la doctrina ha expuesto<sup>31</sup>:

*Desde esa perspectiva, y dado que la jurisprudencia –específicamente en cuanto al derecho administrativo colombiano hace referencia- constituye, en rectitud, una fuente principal, el operador judicial habrá de tener en cuenta si un cambio jurisprudencial determinado -ya sea de índole procesal o sustancial- resulta favorable (por ampliar su espectro de derechos, sus posibilidades de acceso efectivo a la justicia, por incrementar la viabilidad de sus pretensiones) o, por el contrario, desfavorable para los administrados justiciables.*

*En consecuencia, de resultar favorable, el nuevo criterio bien podría aplicarse de manera retroactiva; per de llegar a ser desfavorable para los administrados, el cambio jurisprudencial sólo se aplicará para los asuntos futuros a la ejecutoria de la respectiva providencia, es decir, para las demandas que se interpongan después (énfasis fuera del texto).*

No obstante, sería adecuado preguntarse ¿se está afectando con ello la imparcialidad del juzgador? Desde nuestro punto de vista, el principio de favorabilidad tiene todo el sentido en materia penal por ser un derecho punitivo o sancionador

<sup>31</sup> GONZÁLEZ REY, Sergio. “La aplicación retroactiva de los cambios jurisprudenciales”. *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa colombiana*. Primera edición. Bogotá. Editorial Universidad Externado de Colombia, 2013, pp. 419-424.

en el que está en juego la libertad de las personas. Similar consideración podría efectuarse respecto del derecho laboral en el que se protege el extremo débil de la relación, a saber, el trabajador. Sin embargo, ¿sería ello concebible en materia civil o en asuntos contenciosos administrativos donde lo que ha buscado el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo es acabar con las desigualdades procesales?

A nuestro juicio, cualquier distinción fijada *ex ante* sin examinar el caso concreto es, por sí misma, problemática, incluso si ésta se hace enarbolando las banderas del acceso a la administración de justicia. No puede, en nuestra concepción, establecerse una regla general que privilegie a cualquiera de los extremos procesales, sin que se altere el equilibrio procesal y la igualdad de armas, pues ello no sería nada distinto a un cambio de las reglas de juego en la mitad del andar, las cuales se aplican o no a la disputa teniendo en cuenta lo conveniente que sea para quien ostente la posición dominante.

Sin embargo, dejamos en el tintero esta tercera visión para que sea adoptada y defendida por aquellos que a su buen juicio la estimen como la más adecuada, destacando, en todo caso, que esta resulta bastante útil en eventos en que las cortes se tornen más conservadoras y dejen de reconocer derechos que en el pasado parecían un asunto del diario vivir.

#### **4. Nuestra postura y propuesta de los llamados “remedios procesales”**

Así las cosas, nuestra conclusión y lo ideal desde nuestra visión sería entonces aplicar las posiciones vigentes al momento del acaecimiento de los hechos generadores de la controversia en lo relacionado con lo sustancial y las tesis empleadas al momento de presentación de la demanda y la integración del contradictorio en lo procesal. De no ser así, sería correcto que al menos se usen los criterios judiciales sustantivos de la época del inicio del proceso, pues ello permitiría a las partes pronunciarse y debatir respecto de estos e incluso proponer que se le apliquen al caso aquellos que se prohicieron en el pasado.

Conocidas ya las visiones enfrentadas y, evidenciada nuestra preferencia por el uso prospectivo de los cambios de precedente jurisprudencial, debemos continuar con una propuesta de armonización partiendo de la tendencia mayoritaria por emplear de inmediato los giros decisionales. Ante dicho escenario, cobra entonces importancia la conjunción referida a través de lo que hemos denominado “*remedios procesales*”.

Es decir, de hacerse necesaria la aplicación inmediata de un cambio de postura jurisprudencial, ¿cómo podemos solventar la pugna que existe con el

debido proceso de las partes especialmente en lo atinente al componente del derecho a la defensa y la no defraudación de la confianza legítima?

Una primera respuesta se denota plausible en el evento en que se dé una mutación jurisprudencial y en un proceso cualquiera donde tal podría ser aplicable, aún no haya precluido la oportunidad para **reformular la demanda**. Este caso es relativamente sencillo, pues dependerá del accionante modificar su libelo introductorio para referirse a ello, explicando los motivos por los cuales debería o no emplearse en ese asunto particular, situación que evidentemente le da la oportunidad al demandado para ejercer debidamente su derecho de contradicción.

Ahora bien, si la modificación ocurre luego de dicha fase y antes de que se profiera sentencia de primera instancia, tendrá que estudiarse la posibilidad de **otorgar un término judicial a las partes** para que adecuen sus pretensiones y excepciones, permitiéndoles, igualmente, que de ser necesario, soliciten nuevas pruebas o estas sean decretadas de oficio, en cualquier momento antes de fallar, con el fin de verificar las nuevas exigencias o los supuestos de hecho que permitan la aplicación o inaplicación del nuevo precedente.

En tercer lugar, de alterarse la postura luego de proferida la sentencia de primera instancia, cualquier solicitud o desacuerdo deberá alegarse en el **recurso de alzada** y las partes podrán solicitar pruebas en el **término de ejecutoria del auto que admite la censura** con base en la causal que versa respecto a hechos acaecidos con posterioridad a la oportunidad para solicitar medios de convicción en primera instancia<sup>32</sup>.

Incluso, si la modificación se dio después de esta etapa, el operador judicial también deberá estudiar la necesidad e incluso ejercer el deber de decretar pruebas de oficio para constatar, de ser necesario, la presencia o no en el caso concreto de los supuestos de hecho que permitirían emplear la nueva postura<sup>33</sup>.

Como ejemplo de ello podría considerarse el siguiente caso: ciertos hechos al momento de la formulación de la *litis* e integración del contradictorio se imputan en sede de responsabilidad objetiva y durante el trámite de la disputa se cambia el régimen de atribución a uno subjetivo, situación que claramente incrementa el grado de exigencia probatoria de las partes.

En este evento, al no haberse proferido sentencia de primera instancia, el operador judicial deberá permitir a las partes pronunciarse respecto de la conve-

<sup>32</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1437 de 2011, 14 de enero de 2011, artículo 212, numeral 3 y Colombia. Congreso de la República. Ley 1564 de 2012, 12 de julio de 2012, artículo 327, numeral 3.

<sup>33</sup> COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1564 de 2012, 12 de julio de 2012, artículo 170.

nencia o inconveniencia de la aplicación del mismo (en términos de garantías fundamentales) y luego conceder una nueva etapa probatoria pero solo estrictamente encaminada a verificar los supuestos de hecho que permitan un juicio subjetivo de los hechos objeto de controversia.

Ahora bien, expuestas estas alternativas, debemos reconocer que las mismas pueden resultar contrarias a la eficiencia y a la economía procesal. Empero, es allí donde debemos confiar en el operador judicial, quién tendrá que establecer cuándo estas nuevas oportunidades son necesarias para garantizar el derecho al debido proceso en aplicación de los artículos 11<sup>34</sup>, 12<sup>35</sup> y 14<sup>36</sup> del Código General del Proceso, relativos a la principalística de la aplicación preferente de las normas sustanciales y de las garantías fundamentales.

En otros términos, ante la ocurrencia de un cambio del precedente aplicable a determinada disputa judicial, el juez como garante de la justicia debe tener siempre objetivo el proteger el debido proceso, la buena fe, la confianza legítima, la igualdad y el acceso a la administración de justicia de las partes en contienda. Sí el precio a pagar por asegurar estos fines es acrecentar el sacrificio y aumentar en algunas horas el trasegar para arribar a la meta de la solución de fondo más justa a la controversia, pues, así lo hará.

Finalmente, debemos poner de presente una dificultad práctica que implica el uso de los remedios procesales recién propuestos, consistente en la divulgación inmediata y suficiente de los giros jurisprudenciales. Lo anterior, partiendo del hecho que resulta evidente que para que sean lo menos traumáticos posible, los cambios de postura se deben aplicar en la etapa más temprana de los procesos siguientes, para darle a las partes la mayor capacidad de adaptación posible frente a estos.

---

<sup>34</sup> “Interpretación de las normas procesales. Al interpretar la ley procesal el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. Las dudas que surjan en la interpretación de las normas del presente código deberán aclararse mediante la aplicación de los principios constitucionales y generales del derecho procesal garantizando en todo caso el debido proceso, el derecho de defensa, la igualdad de las partes y los demás derechos constitucionales fundamentales (...)”. Colombia. Congreso de la República. Ley 1564 de 2012, 12 de julio de 2012.

<sup>35</sup> “Vacíos y deficiencias del código. Cualquier vacío en las disposiciones del presente código se llenará con las normas que regulen casos análogos. A falta de estas, el juez determinará la forma de realizar los actos procesales con observancia de los principios constitucionales y los generales del derecho procesal, procurando hacer efectivo el derecho sustancial”. Colombia. Congreso de la República. Ley 1564 de 2012, 12 de julio de 2012.

<sup>36</sup> “Debido proceso. El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones previstas en este código (...)”. Colombia. Congreso de la República. Ley 1564 de 2012, 12 de julio de 2012.



Por ello, sí lo que se quiere es aplicar retroactivamente el precedente y darle al menos algunos remedios o correctivos a los usuarios de la administración de justicia, será necesario que las providencias en las que estos se efectúen sean informadas de manera inmediata a través de los correos oficiales de cada una de las unidades jurisdiccionales del país y por medio de los canales institucionales de las altas Corporaciones judiciales, para que, a la mayor brevedad, las actuaciones procesales se adapten de manera oficiosa a los dictados de la nueva orientación.

## Conclusiones

Como consecuencia de los largos tiempos de tramitación de los procesos judiciales derivados de la mora y la congestión del aparato jurisdiccional se ha tornado cada vez más relevante la discusión respecto de los efectos que producen los giros jurisprudenciales en los derechos de las partes en contienda. En aras de conocer las posibles implicaciones de este fenómeno procesal y sustancial, el presente artículo planteó los siguientes interrogantes: ¿viola la aplicación inmediata de los cambios jurisprudenciales derechos de las partes como son la igualdad y la confianza legítima? Ante un fenómeno como el empleo retroactivo de los cambios de precedente, ¿existen soluciones procesales para atenuar sus efectos adversos?

Al respecto emanaron varias respuestas. En primer lugar se constató que los efectos o la vigencia en el tiempo que va tener cualquier cambio relevante en una línea decisional de un operador jurisdiccional es un fenómeno que debe examinarse en cada caso concreto de manera minuciosa, pues los traumatismos que puede ello generar tanto en el juzgador como en las partes tiene la entidad suficiente como para transgredir el debido proceso, especialmente en su componente del derecho de defensa, la confianza legítima de los usuarios de la administración de justicia y la igualdad de todos que concurren ante su majestad.

En segundo lugar, se planteó que tanto la aplicación retroactiva como la retrospectiva y la prospectiva de determinada *ratio decidendi*, traen inconvenientes que tornan en altamente compleja la decisión de preferir una de estas al momento de disponer los efectos de la misma. A pesar de que el autor se incline por el uso de la llamada jurisprudencia anunciada, lo cierto es que verifico que los juzgadores y, en especial, el Consejo de Estado colombiano ostentan posturas pendulares respecto del tema bajo análisis, prefiriendo en ciertos casos la aplicación retroactiva de la misma.

Así las cosas, ante la posibilidad de darle uso inmediato a un cambio de precedente, la tercera enseñanza obtenida es que resulta imperioso otorgarle a las partes en conflicto una oportunidad de solicitar pruebas, adaptar sus pretensiones, excepciones y efectuar pronunciamientos tendientes a orientar al

juez para que adopte la decisión de aplicar o no esa una nueva postura al caso concreto bajo su conocimiento, el cual evidentemente inició antes que dicha regla fuera pronunciada.

En otras palabras, si lo que considera más idóneo el juzgador es emplear de manera inmediata la variación efectuada sobre el precedente, será inevitable que se abran nuevos escenarios procesales, dependiendo de la etapa en que se encuentre el litigio, orientados a brindarle a los intervinientes la oportunidad de adecuar sus actos procesales a los nuevos derroteros construidos por su dispensador de justicia.

Para ello, se propusieron varios “*remedios procesales*”, los cuales están orientados a evitar sorprender a los actores de la disputa con reglas de juego inéditas, las que, en muchos casos, podrían transgredir sus derechos fundamentales si el juzgador no ostenta un rol activo y adecúa el trámite procesal a las nuevas realidades interpretativas que la doctrina del precedente le llegare a imponer.

## Bibliografía

### Doctrina

ALVARADO ESQUIVEL, Miguel. ¿Se acabaron los efectos retroactivos de la jurisprudencia? En: Revista del Instituto de la Judicatura Federal. N.º 34. México. Disponible en: <https://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/34/alvarado.pdf>

ARDILA TRUJILLO, Mariana. “La prohibición de dilaciones injustificadas en la jurisprudencia constitucional”. *Revista Derecho del Estado*, (23). 2009. Bogotá. *Universidad Externado de Colombia*. Obtenido de: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/468>

GONZÁLEZ REY, Sergio. “La aplicación retroactiva de los cambios jurisprudenciales”. *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa colombiana*. Primera edición. Bogotá. Editorial Universidad Externado de Colombia, 2013.

LONDOÑO, Mabel. “La congestión y la mora judicial: el juez, ¿su único responsable?”. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. 38 (109). 2008. Medellín. Universidad Pontificia Bolivariana. Obtenido de revistas: <https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/669>

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces*. Capítulo 5. Segunda edición. Bogotá. Editorial Universidad de los Andes. 2005.

RICARDO EZQUEDA, Ricardo Andrés. “La política de descongestión judicial 2009-2014, un costoso e ineficiente esfuerzo”. *Revista de Derecho Público*, (36).

Junio, 2016. Bogotá. Universidad de los Andes. DOI: <http://dx.doi.org/10.15425/redepub.36.2016.06>.

ROJAS GÓMEZ, Miguel Enrique. *Apuntes sobre la ley de descongestión*. Segunda edición. Bogotá. Editorial doctrina y Ley. 2011, p. 15.

## **Normativa y jurisprudencia**

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1437 de 2011, “*Por medio de la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*”. 14 de enero de 2011.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1564 de 2012, “*Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso*”. 12 de julio de 2012.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, sentencia de 4 de septiembre de 2003, C.P. Alier Hernández Enríquez, exp. 10883.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, sentencia de 16 de marzo de 2005, C.P. María Elena Giraldo Gómez, exp. 27934.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, auto del 7 de diciembre de 2005, C.P. Alier Hernández Enríquez, exp. 27651.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SALA PLENA, sentencia del 23 de junio de 2010, C.P. Enrique Gil Botero, exp. 18395.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SALA PLENA, sentencia de 4 de mayo de 2011, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, exp. 19957.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, auto de 18 de abril de 2013, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, exp. 17859.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SALA PLENA, sentencia de 25 de septiembre de 2013, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, exp. 19933.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SALA PLENA, sentencia de 28 de agosto de 2014, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, exp. 26251.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, sentencia de 28 de agosto de 2014, C.P. Ramiro Pazos Guerrero, exp. 32988.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia SU-354 de 2017, 25 de mayo de 2017, M.P. Iván Humberto Escruce Mayolo, exp. T-5.882.857.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, sentencia de 22 de junio de 2017, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, exp. 49067.

Aplicación retroactiva y retrospectiva del precedente judicial

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B, sentencia de 8 de junio de 2017, C.P. Ramiro Pazos Guerrero, exp. 41233.

Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia de 27 de junio de 2017, C.P. Hernán Andrade Rincón, exp. 33945.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-540 de 2017, 22 de agosto de 2017, M.P. Alejandro Linares Cantillo, exp. T-6.119.970.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN C, sentencia de 4 de septiembre de 2017, C.P. Jaime Orlando Santofimio, exp. 57279.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B, auto de 25 de septiembre de 2017, C.P. Danilo Rojas Betancourth. exp. 50892.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B, sentencia de 30 de noviembre de 2017, C.P. Danilo Rojas Betancourth, exp. 54397

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, sentencia de 6 de diciembre de 2017, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, exp. 54284.

ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Narciso Palacios c/ Argentina. Informe No. 105/99. 29 de septiembre de 1999. Exp. 10.194.