



Jc. JURISCONSULTORES LTDA.

Eladio Martínez De La Hoz

*Calle 39 No 43-123 Ofic. A3 2o Piso Edif. Las Flores Elquilla
Tel 3799222 - 3003668038 - 3157220349 e-mail. Eladio.enrique@hotmail.com*

SEÑORES:

**HONORABLES MAGISTRADOS TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL
ATLANTICO.**

E.

S.

D.

Radicado 08-001-23-33-000-2016-01072-00-W

**Medio de Control: Acción Nulidad y Restablecimiento del
Derecho**

Demandante: Néstor Rafael Coba Espinosa.

**Demandado: Administradora Colombiana de
Pensiones - Colpensiones.**

Magistrado: Ponente Oscar Wilches Donado

Señores.

**HONORABLES MAGISTRADOS
CONSEJO DE ESTADO.**

ELADIO ENRIQUE MARTINEZ DE LA HOZ, conocido de autos en el proceso de la referencia, respetuosamente acudo ante ustedes en el término legal, en mi calidad de apoderado judicial del señor demandante **NESTOR RAFAEL COBA ESPINOZA**, para INTERPONER y SUSTENTAR recurso de **APELACION** contra la **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA** proferida el 29 de noviembre de 2.019 notificada a través de correo electrónico el día 08 de julio de 2.020 a las 10.01 A.M con la finalidad que se conceda dicho recurso y se traslade a los

Honorables Magistrados del CONSEJO DE ESTADO en los términos que a continuación relaciono:

CONSIDERACIONES

Señores Magistrados no comparto los criterios expuestos en las consideraciones por el señor Magistrado ponente de la Sala OSCAR WILCHES DONADO, en virtud a que se niegan las pretensiones planteadas en el libelo demandatorio dando aplicación al nuevo precedente jurisprudencial proferido por el CONSEJO DE ESTADO **Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, produjo dentro del expediente con radicación No. 52001-23-33-000-2012-00143-01, sentencia de unificación jurisprudencial de fecha 28 de agosto de 2018**, con ponencia del Consejero Cesar Palomino Cortes, sentencia de unificación proferida con posterioridad a la Litis planteada, sin tener en cuenta el criterio jurisprudencial de unificación que se encontraba vigente al momento de presentación de la demanda **tesis adoptada por la sección segunda en sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, en los siguientes términos:** ". De acuerdo con lo expuesto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo sienta la siguiente regla jurisprudencial: "El Ingreso Base de Liquidación del Inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarlas del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985".

Señores magistrados de conformidad con la tesis anteriormente planteada mi representado NESTOR RAFAEL COBA fue beneficiario del régimen de transición laborando a entidades estatales lo que conllevó a darle aplicación al artículo 1° de la Ley 33 de 1.985, ya cumplió con todos los requisitos exigidos por la misma en el momento del cumplimiento de edad y tiempo de servicio.

Señores Magistrados, el Honorable Tribunal administrativo del Atlántico aplicó retroactivamente un criterio jurisprudencial unificado que fue proferido en agosto de 2.018, siendo que la demanda fue presentada el 15 de junio de 2.016, cuando se encontraba vigente la tesis adoptada por el Consejo de Estado el 04 de agosto de 2.010, violando los derechos a la seguridad jurídica e igualdad de mi representado, siendo una infracción material y moral de los derechos del demandante.

Se trata, entonces, de que los ciudadanos tengan certeza sobre la uniformidad de las decisiones judiciales, al ejercitar los mecanismos de protección de sus derechos, con lo cual se concreta en la confianza a la seguridad jurídica y la igualdad con respecto a los lineamientos trazados por la Ley y las altas cortes al momento de presentar la demanda.

Señores magistrados en sentencia de septiembre 04 de 2.017 el Honorable CONSEJO DE ESTADO expresa claramente unas PRECISIONES SOBRE EL VALOR DEL PRECEDENTE JUDICIAL Y LA PROHIBICION DE SU APLICACIÓN RETROACTIVA, en el cual se establece que el precedente judicial hoy día tiene la calidad de fuente del derecho, se le reconoce fuerza vinculante y se constituye como una manifestación del DEBIDO PROCESO.

SENTENCIA 2009-00295 DE 04 DE SEPTIEMBRE DE 2017 CONSEJO DE ESTADO

CONTENIDO:

NO PUEDE DECRETARSE LA NULIDAD DE LOS ACTOS QUE DECLARARON LA CADUCIDAD DE UN CONTRATO ESTATAL CON FUNDAMENTO EN UN CRITERIO JURISPRUDENCIAL ACOGIDO CON POSTERIORIDAD A LA EXPEDICIÓN Y NOTIFICACIONES DE TALES ACTOS. SE HACE VARIAS PRECISIONES SOBRE EL VALOR DEL PRECEDENTE JUDICIAL Y LA PROHIBICIÓN DE SU APLICACIÓN RETROACTIVA, Y SE ESTABLECE QUE EL PRECEDENTE JUDICIAL HOY DÍA TIENE LA CALIDAD DE FUENTE DEL DERECHO, SE LE RECONOCE FUERZA VINCULANTE Y SE CONSTITUYE COMO UNA MANIFESTACIÓN DEL DEBIDO PROCESO CONCRETADO EN QUE SE APLIQUE EN FAVOR DEL CIUDADANO EL DERECHO VIGENTE ACORDE A LAS MISMAS CONSIDERACIONES O RAZONES EXPUESTAS EN PREVIAS DECISIONES DE LA AUTORIDAD. DE LO ANTERIOR SE TIENE QUE, SI LA LEY Y EN GENERAL CUALQUIER PRECEPTO JURÍDICO NORMALMENTE NO PUEDE REGULAR DE MANERA RETROACTIVA HECHOS ANTERIORES A SU VIGENCIA, LA JURISPRUDENCIA TAMPOCO PUEDE HACERLO, POR TANTO, 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. DE ESTE MODO, SE INCURRE EN UN CLARO CASO DE VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA 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. CONFORME A LO ANTERIOR, LA SOLICITUD DE LA NULIDAD DE LAS DECISIONES QUE DECRETAN LA CADUCIDAD DE UN CONTRATO ESTATAL FUNDAMENTADA EN UN CRITERIO JURÍDICO DE FUENTE JURISPRUDENCIAL, ADOPTADO CON POSTERIORIDAD A LOS HECHOS QUE INFORMAN LA CAUSA Y QUE, NO TIENE CABIDA POR SER INEXISTENTE AL MOMENTO EN QUE SE EXPIDIERON LAS DECISIONES ADMINISTRATIVAS.

Señores Magistrados, esta misma posición de no poder aplicar un criterio jurisprudencial retroactivamente fue acogido por el Honorable CONSEJO DE ESTADO donde el tribunal Administrativo de Antioquia se niega a conocer de la Litis planteada alegando falta de jurisdicción y apoyando 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, siendo que la demanda fue presentada en el año 2.010, cuando en realidad no debía aplicar retroactivamente el criterio jurisprudencial alegado.

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.

Sin embargo, respetuosamente, se estima que en esa labor no deberán afectarse o lesionarse expectativas legítimas que la aplicación de la nueva regla interpretativa podría ocasionar a quienes acuden a reclamar determinados derechos, amparados en soluciones que de manera pacífica y uniforme se venían otorgando respecto a específicos asuntos, máxime tratándose de controversias de carácter pensional.

Téngase en cuenta que, desde antaño, no ha habido uniformidad de criterios en cuanto a los efectos del nuevo pronunciamiento, verbigracia, los salvamentos de voto de quienes fungieron como Consejeros de la Sección Tercera del Consejo de Estado, doctores Daniel Suárez Hernández y Julio César Uribe Acosta, ante la sentencia S-122 de 21 de noviembre de 1991, proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

Señores Magistrados, mi patrocinado NESTOR COBA ESPINOSA laboró al servicio del estado, cumpliendo a cabalidad, con todos los requisitos establecidos legalmente para el momento de obtener su pensión de jubilación, es decir, su edad, tiempo de servicio o semanas cotizadas y también demostrando que en el último año devengó un promedio superior a \$6.000.000,00 tal como aparece demostrado en las

certificaciones laborales aportadas por la entidad nominadora, por tal razón para esta agencia judicial lo decidido por la sala de decisión Administrativa del Atlántico el 29 de noviembre de 2.019 fallo que fue notificado el 08 de julio de 2.020 no es de recibo en virtud que al aplicar un criterio jurisprudencial proferido en el año 2.018 vulnera un sin números de derechos de mi representado y va en contravía de criterios emanados de la sala plena del CONSEJO DE ESTADO tal como se aprecia a continuación.

EN SENTENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO

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.

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 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.

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”. (FI 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 fijó como ratio decidendi, para la resolución del caso concreto, que 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, 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, 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, ello opera, inclusive, cuando el extremo pasivo de la pretensión no propone la excepción de falta de jurisdicción al contestar la demanda y es deber del Juez rechazar la demanda o declarar la nulidad de lo actuado cuando ello se evidencie, según el caso.

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, 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, 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.

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 sana 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. 97 FI 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:

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 Corporación99, se sigue que esta Jurisdicción es la competente para conocer 98 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 4 de septiembre de 2017, Exp. 57279. 99 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 2000100, acordándose como plazo de ejecución del contrato el de veinticuatro (24) meses101, contados de la celebración de acta de inicio, la que fue suscrita por las partes el 21 de diciembre de 2000102 . 8.2.4.- Consta en el expediente que las partes acordaron, en diversas oportunidades, prórrogas, adiciones, suspensiones y reanudaciones al plazo de ejecución del contrato103, conforme se discrimina en la siguiente tabla en la que se trae a colación:

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. 20 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). 21 Fls 2065-2077, c1. 22 Fl 2078, c1. 23 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 Estado24 se orientaba a considerar como válida la renuncia tácita 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 preteritoriedad del término de caducidad de la acción.

caso concreto.

Precedente judicial .

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, ha venido a erigirse como formante jurídico, al amparo de una sofisticada lectura.

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). 25 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. 26 “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 arbitrarias²⁶. La motivación es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión.” 26 (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” 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.

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 constitucional²⁹ y por los desarrollos de la legislación³⁰ 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 judicial, en tanto derecho vinculante³¹. 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”³², 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 contraevidente³³, razón Madrid, 2015, pág. 154. 28 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. 29 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°. 31 “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. 32 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. 33 Esto fue advertido de manera temprana por la Corte Constitucional principalmente en la Sentencia C-104 de 1993 donde sostuvo: "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, 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 necesítandolo, 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 como³⁴ (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 droit³⁵) 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 poder³⁶. 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)." ³⁴ 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. 35 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 conceptos de rule of law, Rechtsstaat y État de Droit comparten 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. 36 “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 preconstituido”. 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. protección de derechos y libertades civiles 37-38 . 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 interpretativa³⁹, 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 sustantivo⁴⁰, (ii) el reconocimiento legislativo de la competencia de “unificación de jurisprudencia” de la Corte Suprema de Justicia⁴¹ y del Consejo de Estado en el marco del mecanismo de revisión eventual de acciones populares y de grupo⁴², (iii) el reconocimiento de prelación para fallo que puede dispensarse a aquellos asuntos en las Altas Cortes que demanden “sólo la reiteración de jurisprudencia”⁴³, (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 37 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 = . 38 “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 sufrido conflictos’ S/2004/616. Distribución general 3 de agosto de 2004, párr. 6. 39 “El significado de la regla legal no es, por tanto, ningún hecho del pasado conectado por vínculos ficticios 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. 40 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". 42 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: "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. 43 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 aduaneros⁴⁴, (v) la creación de una categoría específica de providencias, las "sentencias de unificación de jurisprudencia", como decisiones con fuerza jurídica sui generis⁴⁵ 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 Estado⁴⁶, (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 jurídicas⁴⁷, (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 Civil⁴⁹ que prohíbe a los jueces "proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general o reglamentaria", en el 44 Ley 1395 de 2010. Artículo 114. 45 Ley 1437 de 2011. Artículo 270. 46 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. 47 Ley 1437 de 2011. Artículo 102 y 269. 48 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. 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 resolutive de la decisión. 3.10.6. 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 resolutive, debe llevar la normatividad a los casos concretos.” Corte Constitucional. sentencia C-621 de 2015. 49 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 prohibición 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 vigente⁵⁰. 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.

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. 51 “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 T104 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 interpretativos⁵² 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, uniformidad⁵³, predictibilidad⁵⁴ 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 52 “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. 53 “Por otra parte, la uniformidad no es un fin despreciable. Ella busca garantizar los siguientes altos objetivos: 1) Asegurar la efectividad de los derechos y colabora así en la realización de la justicia material -art. 2° CP-. 2) Procurar exactitud. 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-. 4) Unificar la interpretación razonable y disminuye la arbitrariedad. 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 54 “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 discursiva⁵⁵, 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, entendiéndose 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 previos⁵⁶, 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 55 Cfr. ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica. 2° ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, pág. 262. 56 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 precedente⁵⁷, 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 partes⁵⁸, 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 causa⁵⁹. 57 "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. 58 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. 59 "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.

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 igualdad 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 jurisprudencia⁶⁰ 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. 60 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-836 de 2001. Especialmente la exequibilidad condicionada dispuesta al artículo 4° 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 estabilidad⁶¹, 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 precedente⁶², 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?, ¿Habrán 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 61 “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. 62 “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 retroactiva⁶³ del nuevo criterio jurisprudencial⁶⁴. 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.

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”⁷⁴. Interamericana de Derechos Humanos.

Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs Ecuador. Sentencia de 21 de noviembre de 2007, párr. 52. 72 “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 cohesión 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. 73 “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. 74 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 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 humano⁷⁵]. 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/ Argentina⁷⁶, relativo al rechazo de una demanda contenciosoadministrativa 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.

“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.

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.

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 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.

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 caso96 . 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, 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

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 sana 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. 97 Fl 189, c1. temporal de ese precedente a la controversia sub iudice,

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 iudice 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 Corporación⁹⁹, se sigue que esta Jurisdicción es la competente para conocer Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 4 de septiembre de 2017, Exp. 57279.

Así, la Sección Tercera del Consejo de Estado en su jurisprudencia constante aplicó la tesis de la renuncia tácita 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.

Señores Magistrados, a mi patrocinado se le debe aplicar el criterio jurisprudencial unificado que se encontraba vigente al momento de entablar la Litis sobre la re-liquidación de su pensión y en ese momento todavía el Honorable CONSEJO DE ESTADO sostenía que era viable la aplicación de la Ley 33 de 1.985 con respecto al monto de liquidación de la pensión para los funcionarios y empleados públicos que estuvieran cobijados por el régimen de transición al momento de cumplir con los requisitos para obtener su pensión como es el caso de NESTOR COBA ESPINOSA.

Igualmente, el mismo criterio esbozado por el Honorable Consejo de Estado en las dos decisiones traídas a colación anteriormente es el manifestado en su salvamento de voto el Dr. ANGEL HERNANDEZ CANO, razones que son más que suficientes para que se revoque la decisión de primera instancia y se conceda la re- liquidación de la pensión de mi representado.

Tal como lo expresa el Dr. ANGEL HERNANDEZ CANO en su SALVAMENTO DE VOTO en el respectivo fallo.

SALVAMENTO DE VOTO

Con el respeto característico, me permito salvar el voto en relación a la sentencia del 29 de noviembre de 2019, proferida dentro del asunto del epígrafe, mediante el cual la sala de mayoría, resolvió denegar las súplicas de la demanda, con fundamento en la providencia de unificación del 28 de agosto de 2018, emanada de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

En la sentencia del 28 de agosto de 2018, Exp. No. 52001-23-33-000-2012- 00143-01; C.P Dr. César Palomino Cortés, se sostuvo que la interpretación adoptada en esa decisión, sería aplicable a todos los casos pendientes de solución, tanto en vía administrativa como Judicial, es decir, que tal decisión tendría alcance respecto de quienes en circunstancias comunes no acudieron a dicho mecanismo. Desde esta óptica se advierte que, la extensión analógica intercomunis (entre comunes), ha sido un criterio adoptado en algunos fallos por la H. Corte Constitucional, en sede de tutela, para modular los efectos de las sentencias, cuya génesis, según se tiene sabido, es la aplicabilidad del Principio y Derecho de Igualdad, como también el de Economía Procesal, en tanto se garantizará el mismo trato entre similares y evita que personas que no fueron parte del proceso, deban iniciar acciones Judiciales independientes para obtener la protección de sus derechos. Así, por ejemplo, en sentencia T-203 de 2001; M.P Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, se precisó la aplicación de los alcances de la figura intercomunis en comento, así: "(...) la adopción de estos efectos es procedente cuando se constate la existencia de un grupo en el cual: (i) existan otras personas en la misma situación; (ii) exista identidad de derechos fundamentales violados; (iii) en el hecho generador; Calle 40 Carrera 45 y 46 PI*o 9 Edificio de la Gobernación del Atlántico Telefax: (57)-3400544 www.ramajudicial.gov.co Correo des06taatl9cendoj.ramajudlclal.gov.co BarranquilMa - Atlántico. Colombia Expediente: 08001-23-33-000-2016-01072-00-W. Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Accionante: Néstor Rafael Coba Espinosa. Accionado: Colpensiones. Decisión:

Salvamento de voto.

deudor o accionado; además de (v) un derecho común a reconocer; y, finalmente, (vi) identidad en la pretensión. (...)" Y en cuanto a su definición, la sentencia SU-1023 de 2001; M.P Dr. Jaime Córdoba Triviño, sostuvo: aquellos efectos de un fallo de tutela que de manera excepcional se extienden a situaciones concretas de personas que, aun cuando no promovieron el amparo constitucional, se encuentran igualmente afectadas por la situación de hecho o de derecho que lo motivó, producto del actuar de una misma autoridad o particular, justificado en la necesidad de dar a todos los miembros de una misma comunidad un trato igualitario y uniforme que asegure el goce efectivo de sus derechos fundamentales. (...)" Es decir, por regla general, los efectos Ínter comunis permiten modular los fallos, con el propósito de extender las decisiones adoptadas en sede de tutela a personas que, estando en situación equiparable a la de los accionantes, no han instaurado la acción respectiva, a fin de proteger los derechos fundamentales de todo un grupo. Como se advierte, el contenido de los efectos ínter comunis, tiene su génesis en el principio de igualdad en su acepción básica: es decir, igualdad ante la ley o igualdad de trato, bajo el entendido de que el mismo ha de incorporarse siempre en el ejercicio interpretativo de protección de los derechos fundamentales. Por lo tanto, en principio, cabría sostener que la extensión de los efectos de la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, tal como se concibió, generarla consecuencias adversas respecto de los derechos fundamentales de quienes, al amparo de la tesis predominante que el H. Consejo de Estado trazó en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, solicitaron la reliquidación de su pensión Jubilación con inclusión de todos los factores salariales percibidos durante el último año de servicio, pues la actual regla jurisprudencial señala que únicamente deben incluirse en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición, aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al sistema de pensiones durante los diez (10) años anteriores, tesis restrictiva que deviene opuesta a la aplicada inicialmente. A Por manera que. en el escenario de personas a las cuales la decisión de primera instancia les reconoció el derecho a la reliquidación de la pensión de Jubilación, ahora, la sentencia de segunda instancia que se profiera, como consecuencia del Expediente: 08001-23-33-000-2016-01072-00-W. Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Accionante: Néstor Rafael Coba Espinosa. Accionado: Colpensiones.

Decisión: salvamento de voto. recurso de apelación, les resulte adversa, en virtud del nuevo criterio jurisprudencial, se generaría la alteración de los efectos jurídicos de esas órdenes judiciales iniciales. En esa específica situación, se posibilitaría aplicar la modulación de los efectos de la sentencia de unificación a quienes no fungieron como sujetos procesales de ese litigio, siempre que a los receptores a los cuales se extienden sus efectos, se les hubiese convocado al proceso, alternativa que mejor protege los derechos fundamentales y garantiza la integridad y supremacía de la Constitución. Solo así, los efectos ínter comunis, materializarían en condiciones de igualdad los derechos a todos los miembros de un grupo afectados por la misma situación de hecho o de derecho, en aras de garantizarles idéntico tratamiento jurídico, sin perder de vista que en los conflictos jurídicos en los cuales las decisiones judiciales, incluidas las sentencias de unificación, se constituyen eje clave para su resolución, se impone como punto de partida, el deber de trato igualitario cuando se presente una misma situación de hecho y de derecho, pues existe la confianza legítima del interesado en que su conflicto será resuelto conforme a decisiones anteriores de casos idénticos o similares, lo cual, desde luego, no se opone al ejercicio heimenéutico propio de la actividad judicial.

Sin embargo, respetuosamente, se estima que en esa labor no deberán afectarse o lesionarse expectativas legítimas que la aplicación de la nueva regla interpretativa podría ocasionar a quienes acuden a reclamar determinados derechos, amparados en soluciones que de manera pacífica y uniforme se venían otorgando respecto a específicos asuntos, máxime tratándose de controversias de carácter pensional. Téngase en cuenta que, desde antaño, no ha habido uniformidad de criterios en cuanto a los efectos del nuevo pronunciamiento, verbigracia, los salvamentos de voto de quienes fungieron como Consejeros de la Sección Tercera del Consejo de Estado, doctores Daniel Suárez Hernández y Julio César Uribe Acosta, ante la sentencia S-122 de 21 de noviembre de 1991, proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativa.

En efecto, Suárez Hernández fijó su disenso de la siguiente manera; "Con todo respeto me aparté de la decisión mayoritaria consignada en la sentencia de 21 de noviembre de 1991, por las siguientes razones: Expediente: 08001-23-33-000-2016-01072-00-W. Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Accionante: Néstor Rafael Coba Espinosa. Accionado: Colpensiones. Decisión: salvamento de voto. 1. En la página 7 de la sentencia (fl. 139 del recurso extraordinario) se dice que "... la contrariedad entre lo sostenido por la sección y la jurisprudencia de la Sala Plena invocada resulta por tanto ostensible. Este hecho sin embargo no da lugar a que se infirme la sentencia, sino a que se rectifique la jurisprudencia contrariada, toda vez que reexaminado el punto, la Sala considera que ella procede por las siguientes razones". El fallo del cual me aparto, básicamente, después de recordar qué debe entenderse por caducidad de la acción, envuelve nueva doctrina compendiada en el siguiente párrafo: ""De manera que, salvo lo que antes se disponía para el juicio de impuestos, el legislador invariablemente ha partido para el cómputo del término de caducidad de la acción contencioso subjetiva, de la fecha en la que el interesado tiene conocimiento del acto, bien por notificación, comunicación o publicación, y en defecto de éstas, de la ejecución, pues si el particular no es informado de él por la administración, es entonces cuando razonablemente se presume enterado de su existencia" (fl. 140). Así las cosas, fácil resulta concluir que el recurso extraordinario de súplica estaba llamado a prosperar, dado que al proferirse sentencia por la Sección Primera el 29 de junio de 1989, se encontraba vigente jurisprudencia de la Sala Plena Contenciosa, acogida por sentencia de 7 de marzo de 1988, que resultó violada por aquella. En otros términos, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo si puede rectificar, modificar o cambiar sus jurisprudencias. Pero los efectos jurídicos de dichas innovaciones, como apenas lo impone la lógica elemental, lo serán hacia el futuro, mas nunca para aplicársela a situaciones pretéritas." (Subrayado fuera del texto) A su vez, Uribe Acosta, fundó su inconformidad con la sentencia mayoritaria, con lo siguiente; "Con toda consideración me separo de la decisión mayoritaria de la Sala, pues en el fallo se reconoce que hay contrariedad "...entre lo sostenido por la Sección y la jurisprudencia de la Sala Plena invocada....", pero no obstante esta realidad, el recurso no prospera, porque la corporación opta por cambiar de perspectiva jurisprudencial. Sobre el particular reitero mi posición sobre la materia, en el sentido de que estimo que, por razones de justicia, de seguridad jurídica y de certeza, la Sala Plena no puede cambiar la jurisprudencia en que se apoya el recurso de súplica, pues ello equivaldría a sorprender al Expediente: 08001-

25-33-000-2016-01072-00-W. Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Accionante: Néstor Rafael Coba Espinosa. Accionado: Colpenslones. Decisión: salvamento de voto. impugnante en pleno debate procesal, máxime si al proceder así comete una injusticia. Cuando el fallador encuentre que se impone un cambio de Jurisprudencia, debe anunciarlo en el fallo que confirma la anterior, pero nada más. En esta materia hago más las palabras del gran Jurista americano Holmes, cuando afirma: "Si un grupo de casos trata el mismo punto, la partes esperan la misma decisión. Sería una gran injusticia decidir casos semejantes según principios opuestos. Si un caso se decidió en mi contra ayer cuando yo era el demandado, buscaré la misma sentencia hoy que soy el demandante. Decidir en forma diferente haría surgir un sentimiento de resentimiento y agravio en mi pecho, sería una infracción material y moral de mis derechos" (Cita de Benjamín Cardozo. La Naturaleza de la Función Judicial. Arayu, página 21)." Más reciente y antes de que se profiriera la decisión unificatoria aludida, aditada 28 de agosto de 2018, la Sección Cuarta del H. Consejo de Estado, en sentencia del 26 de septiembre de 2016, Exp. No. 2016-00038, C.P Dr. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas al resolver, por vía de tutela, un conflicto en el cual se discutía la aplicación de la sentencia SU-230 de 2015 de la H. Corte Constitucional, respecto al ingreso base de liquidación de las pensiones de los beneficiarios del régimen de transición, con base en las reglas de la Ley 100 de 1993 y no con el régimen anterior, sostuvo: "(...) Como se sabe, los órganos Jurisdiccionales tienen la facultad de variar sus líneas Jurisprudenciales, pues el ejercicio hermenéutica lleva implícito la posibilidad de hallar diferentes significados a las disposiciones normativas y, por lo tanto, un análisis serio y argumentado puede poner de manifiesto la equivocación de una tesis que antes se admitía como válida. En principio, cuando las autoridades Judiciales varían la Jurisprudencia no desconocen el principio de la confianza legítima de la persona que activó el aparato Judicial y que, en estricto sentido, sería la primera que afrontaría las consecuencias adversas del cambio Jurisprudencial, toda vez que es perfectamente posible que el nuevo sentido Jurisprudencial busque efectivizar otros principios que demanden aplicación y que, dada la importancia que revisten en el asunto, deben prevalecer ante la confianza legítima. Sin embargo, debe precisarse que si bien el Juez puede innovarlas interpretaciones del derecho, lo cierto es que debe hacerlo con sindéresis y con cuidado de no afectar derechos fundamentales. En efecto, puede ocurrir que la nueva regla no pueda aplicarse de manera inmediata, porque, de hacerlo, se afectarían las expectativas legítimas de los asociados. En ese caso, es conveniente adoptar medidas para proteger esas expectativas. Expediente: 08001•23-33-000-2016-01072-00-W. Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Accionante: Néstor Rafael Coba Espinosa. Accionado: Colpenslones. Decisión: salvamento de voto. (...) La Sala estima que si el legislador procura respetar la confianza legítima de las personas en materia pensional, nada obsta para que los órganos jurisdiccionales, al cambiar la jurisprudencia en detrimento de los derechos pensionales, sigan ese mismo ejemplo, esto es, respetar la confianza legítima. A partir de lo anterior, la Sala encuentra que la variación jurisprudencial que introdujo la SU-230 de 2015 representa una alteración significativa de las relaciones jurídicas que se suscitan entre las personas con derecho a pensión bajo el régimen de transición y los respectivos fondos de pensiones. Para ilustrar lo anterior, conviene anotar que muchos pensionados obtuvieron el reconocimiento de esa prestación con fundamento en el régimen de transición. Sin embargo, el ingreso base de liquidación les fue calculado de acuerdo con las previsiones de la Ley 100 de 1993 (bien sea artículo 21 o inciso 3o del artículo 36). lo que justificó que, de conformidad con la jurisprudencia que predicaba la propia Corte Constitucional antes de la SU-230 de 2015, iniciaran las respectivas acciones administrativas y judiciales, pues legítimamente estimaban que se les desconocía un derecho sustancial: cálculo del IBL con el régimen anterior, que había sido reconocido jurisprudencialmente tanto por la Corte Constitucional como por el Consejo de Estado. De este modo, a juicio de la Sala, el pronunciamiento de la Corte Constitucional produjo la extinción de un derecho sustancial de carácter pensional (o al menos la eliminación de una expectativa legítima) de las personas beneficiarias del régimen de transición, que creían, con fundamento en la jurisprudencia, que el ingreso base de liquidación de sus pensiones debía ser calculado en la forma prevista en el régimen anterior. Justamente por lo anterior, esto es, por tratarse de un cambio de jurisprudencia respecto de derechos pensionales, la Sala concluye que resultaría desproporcionada la aplicación inmediata del precedente judicial establecido en la sentencia SU-230 de 2015. Como se ilustró, muchas personas tenían la expectativa legítima de que les asistía el derecho a

que el ingreso base de liquidación se calculara con el régimen anterior, pues venía siendo reconocido jurisprudencialmente, y, por ende, acudieron a la jurisdicción a reclamarlo. La desproporción se manifiesta en que se estarían alterando relaciones jurídicas de contenido pensional, en detrimento del trabajador, sin que las razones que motivaron el cambio jurisprudencial se fundamenten en principios constitucionales de mayor valor. (...)” Se trata, entonces, de que los ciudadanos tengan certeza sobre la uniformidad de las decisiones judiciales, al ejercitar los mecanismos de protección de sus derechos, con lo cual se concreta la seguridad jurídica y la igualdad en las Expediente: Oa001-23’33-000’20U-01072-00-W. Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Accionante: Néstor Rafael Coba Espinosa. Accionado: Colpenslones. Decisión: salvamento de voto. actuaciones judiciales, frente a los cambios abruptos en situaciones objetivamente aptas para generar el nacimiento de derechos. De igual manera, en la Sección Tercera del H. Consejo de Estado en sentencia del 25 de abril de 2018; Exp. No. 2010-00463-01 (58890); C.P Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, se puntualizó; “(...) 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 En ese orden, si bien es cierto que, por regla general, la jurisprudencia es la manifestación por excelencia de la actividad judicial, también lo es que su aplicación retrospectiva, acorde con la doctrina constitucional, debe ser excepcional, siempre que no se afecten Derechos Fundamentales; por ejemplo, la vida digna, en conexión, con el mínimo vital cualificado de quienes durante más de veinte (20) años vendieron al Estado su fuerza de trabajo, con el propósito de obtener una pensión bajo el régimen de transición que los cobijaba. También se debieron garantizar las expectativas legítimas, basadas en la pacífica y uniforme jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado contenida Expediente: 08001-23-33-000-2016-01072-00-W. Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Accionante: Néstor Rafael Coba Espinosa. Accionado: Colpenslones. Decisión: salvamento de voto. en la sentencia de fecha 4 de agosto de 2010, con ponencia del doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila. Y si a la variación de la jurisprudencia aplicada desde hacía casi una década, se le otorgarían efectos retrospectivos, a mi modo de ver, se debió garantizar el Debido Proceso y los derechos de contradicción y defensa de quienes tenían en curso sus procesos, pues son sujetos procesales determinados y determinables, a fin de que concurrieran a fijar sus criterios dentro del proceso No 52001-23-33- 000-2012-00143-01 que, finalmente, les afectó sus expectativas legítimas.

Por lo anteriormente expuesto, que no es otro que aplicaron una jurisprudencia proferida en el año 2.018 a una Litis que ya se había introducido desde el año 2.016 cuando se encontraba vigente otro criterio unificado por el honorable CONSEJO DE ESTADO, razón por lo que solicito a los Honorables Magistrados del CONSEJO DE ESTADO

REVOCAR la sentencia de primera instancia y conceder la re-liquidación de la pensión a mi representado NESTOR RAFAEL COBA ESPINOSA

De los señores Magistrados.

Atentamente,

A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a long horizontal stroke, positioned above the typed name.

ELADIO ENRIQUE MARTINEZ DE LA HOZ
C. C. No 8.667.794 de Barranquilla
T. P. No 68.182 del C. S. de la J.