

Aplicación retroactiva y prospectiva del cambio de precedente en el Consejo de Estado colombiano. Análisis y propuesta de solución *

Retroactive and prospective application of the change of precedent in the Colombian Council of State. Analysis and proposed solution

Lina Marcela Aragón Samboni **

Andrés Felipe Molano Idrobo ***

Resumen

Este artículo se ocupa de reflexionar acerca de la aplicación en el tiempo del cambio de precedente en el Consejo de Estado y, en particular, sobre lo problemático que resulta la aplicación del efecto retroactivo (o retrospectivo) para la garantía de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima. Para ello, se analizan bajo el método inductivo algunos casos fallados por este órgano judicial, en los cuales se observa la modulación de efectos temporales y se presenta también una propuesta académica, con la que se pretende ofrecer una solución que armonice la retroactividad y la salvaguarda de los mencionados principios.

Palabras clave: Precedente judicial, cambio de precedente, efecto prospectivo, efecto retroactivo, efecto retrospectivo, principio de seguridad jurídica, principio de confianza legítima.

Historial del artículo:

Recibido: 08 de junio de 2023

Aceptado: 10 de agosto de 2023

Cómo citar este artículo:

Lina Aragón & Andrés Molano., Aplicación retroactiva y prospectiva del cambio de precedente en el Consejo de Estado colombiano, 11 Just. & Der. 80 (2023).

* Artículo de reflexión. Este texto surge como resultado del trabajo autónomo de sus autores y expone algunos aspectos abordados en el trabajo de grado denominado: "Efectos temporales del cambio de precedente en el Consejo de Estado colombiano. Un análisis desde los principios de seguridad jurídica y confianza legítima" (sin publicar), presentado en el año 2022 para optar al título de abogados de la Universidad del Cauca.

** Abogada de la Universidad del Cauca y Especialista en Derecho Administrativo de la misma universidad. Correo: linamas@unicauca.edu.co

*** Abogado de la Universidad del Cauca. Cursando actualmente la Especialización en Derecho Público en la Universidad Externado de Colombia. Correo: felipe.andres@unicauca.edu.co

Abstract

This article reflects on the application over time of the change of precedent in the Colombian Council of State and how problematic is the application of the retroactive (or retrospective) effect for the guarantee of the principles of legal certainty and legitimate confidence. For this purpose, we analyze, under the inductive method, some cases decided by this judicial body, in which we can observe the modulation of temporary effects, and we also present an academic proposal, with the aim of offering a solution that harmonizes retroactivity and the safeguarding of the principles.

Keywords: Judicial precedent, change of precedent, prospective effect, retroactive effect, retrospective effect, principle of legal certainty, principle of legitimate confidence.

Introducción

El objetivo principal de este artículo consiste en visibilizar el fenómeno del cambio de precedente en el Consejo de Estado colombiano y, concretamente, la aplicación generalizada del efecto retroactivo (o retrospectivo) por parte de este órgano judicial. Con ello, lo que se pretende es exponer que esta aplicación se ha traducido en el desconocimiento de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, así como en la trasgresión de derechos fundamentales de las personas, quienes habiendo acudido a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, ven que varios años después se resuelven sus asuntos conforme un precedente que no estaba vigente al momento de la ocurrencia de los hechos y/o de presentar la demanda y cuyas consideraciones ya no resultan favorables a sus intereses.

En tal sentido, este trabajo surge con la finalidad de comprender el tema del cambio de precedente desde un punto de vista mucho más práctico, como es su aplicación en el tiempo y el impacto jurídico que ello puede tener, pues si bien la variación o modificación del precedente resulta necesaria para dinamizar el derecho y adaptarlo a los nuevos requerimientos sociales, aquella no se puede convertir en un instrumento de inestabilidad, ya que el cambio de criterio jurídico debe hacerse, no solo atendiendo a mejores argumentos, sino también en conjunto con un análisis respecto de su aplicación en el tiempo y las posibles repercusiones que aquel tendrá para los usuarios de la administración de justicia.

El cuerpo de este trabajo se compone de cuatro apartados y un acápite final conclusivo. En el primero, se expone brevemente el tema del precedente judicial, enfocado en el contexto jurídico colombiano, y se alude a la relación que tiene con los principios de seguridad jurídica y confianza legítima.

El segundo apartado, se ocupa de presentar la idea de lo que se concibe como cambio de precedente y los efectos temporales que puede tener el mismo, es decir, los efectos prospectivo y retroactivo (o retrospectivo). A su vez, en el tercer

apartado, se expone el análisis de algunos casos fallados por el Consejo de Estado, en donde se evidencia la modulación de efectos temporales, con las implicaciones que las mismas tienen frente a la garantía de los principios antes mencionados.

Por su parte, en el cuarto apartado, se presenta una propuesta de solución construida con base en algunos aportes emanados de la doctrina nacional y extranjera y en la jurisprudencia del Consejo de Estado. Por último, se presentan unas conclusiones y recomendaciones sobre el tema.

Para el análisis de la información se utilizó el método inductivo, por cuanto se adelantó un estudio de sentencias y doctrina, examinando las situaciones particulares que allí se plantean para, a partir de estas, formular algunas reglas o características más generales que pueden resultar aplicables a casos similares. Asimismo, la investigación que da origen a este documento se encuadra dentro de una investigación cualitativa con un contexto dogmático-jurídico, para la cual se escogió una perspectiva jurídico-propositiva, en la medida en que estas últimas buscan evaluar deficiencias en el sistema jurídico para proponer o aportar posibles soluciones al mismo.

I. El precedente judicial en Colombia y su relación con los principios de seguridad jurídica y confianza legítima

El precedente judicial, en el contexto jurídico colombiano, puede ser entendido como una sentencia o un conjunto de sentencias previas, cuyos argumentos centrales contienen una, o varias razones jurídicas (*ratio decidendi*), que sirven de fundamento para resolver los casos posteriores que resulten similares en su componente fáctico y jurídico. Al respecto, la Corte Constitucional ha precisado un concepto en los siguientes términos:

"(...) el precedente, por regla general, es 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.”² (Negritas de la Corte).

Con frecuencia, desde la doctrina y la jurisprudencia se acogen distintas nociones de precedente judicial dependiendo de las partes de una sentencia que se consideran relevantes para ser utilizadas -posteriormente- como fundamento normativo de una providencia con la cual se pretende resolver un caso similar. No obstante, tanto la doctrina *más autorizada*³, como la Corte Constitucional⁴ y el Consejo de Estado⁵ coinciden en que, respecto de los precedentes, lo que realmente vincula a los jueces es la *ratio decidendi*

que subyace en las sentencias, ya que pasajes que pueden constituir *obiter dicta* y que no influyen en la resolución del caso, carecen de la trascendencia suficiente para considerarlos como obligatorios.

Por otra parte, también las altas cortes⁶ se han ocupado de establecer cuáles serían los aspectos por verificar, en aras de establecer que existe un precedente aplicable al caso actual que se resuelve, los cuales se contraen en: *i)* identificar la base factual del caso previo y determinar si hay semejanza entre aquella y el caso sometido a resolución; *ii)* establecer la *ratio decidendi* y si la premisa normativa que se aplicó es pertinente para resolver el caso actual y; *iii)* revisar si esa regla previamente fijada se encuentra vigente, o no ha sido modificada a través de un fallo posterior.

Ahora bien, los precedentes pueden ser clasificados de distintas formas acudiendo a factores como su carácter vinculante, o la corporación que los expide⁷. Desde el punto de vista de la obligatoriedad, existen los precedentes vinculantes y los meramente persuasivos, “[e]n el primer caso, los precedentes deben ser aplicados a un caso nuevo. En el segundo, los precedentes no necesariamente deben ser seguidos, pero existen buenas razones para hacerlo”⁸. Esta clasificación también puede relacionarse con la fuerza que cada ordenamiento les otorga a las decisiones judiciales, por ejemplo, cuando se establece que aquellas son una fuente principal del derecho.

2 C.C., 17 de octubre de 2013, Sentencia T-714 de 2013. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

3 Como Michele Taruffo, para quien el precedente “no es todo lo que se dice en la decisión en cuestión, sino la *ratio decidendi*, es decir, la regla de derecho a la cual el juez ha hecho referencia para calificar jurídicamente los hechos jurídicos concretos controvertidos en la decisión y (precisamente) para decidir sobre estos (...)” en: Michele Taruffo. Consideraciones sobre el Precedente. Revista Ius Et Veritas. N.º 53, 330, 332 (2016). Por su parte, Carlos Bernal Pulido, refiere que “no todo el texto de una sentencia constituye precedente”, pues el carácter de precedente solo se predica de la *ratio decidendi*, la cual define como “la formulación general del principio, regla o razón general que constituyen la base necesaria de la decisión judicial específica” en: Carlos Bernal Pulido. El precedente en Colombia. Revista Derecho del Estado N.º 21, 81, 90-91 (2008).

4 Desde la sentencia SU-047 de 1999, la Corte ha venido indicando que la *ratio decidendi* es el fundamento normativo de la decisión judicial, pues la define como la “*formulación del principio, regla o razón general que constituye la base de la decisión judicial*” y, por ende, es a ello a lo que le reconoce el valor de precedente. Al respecto, ver entre otras, las sentencias T-439 de 2000, SU-1300 de 2001, T-292 de 2006, C-539 de 2011.

5 En sentencia de unificación del 06 de agosto de 2019, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo definió al precedente como “la decisión o el conjunto de decisiones que sirven de referente al juez para pronunciarse sobre un determinado asunto, por guardar una similitud en sus presupuestos fácticos y jurídicos y respecto de los cuales la *ratio decidendi* constituye la regla que obliga al operador jurídico a fallar en determinado sentido” en: C. Edo., Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, 06 de agosto de 2019, 15001-33-33-007-2017-00036-01, M.P. Rocío Araujo Oñate.

6 Al respecto, ver sentencia T-970 de 2012 y sentencia de la Sección Tercera, Subsección C, del 04 de septiembre de 2016, 68001-23-31-000-2009-00295-01 (57279). C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

7 Desde el punto de vista institucional, existen precedentes verticales y horizontales. Los primeros, se refieren a una decisión judicial previa tomada por un juez de mayor jerarquía y, por su parte, los segundos aluden a aquella decisión previa hecha por un juez o tribunal de la misma jerarquía. Cuando el precedente proviene de decisiones proferidas por el mismo juez que pretende resolver el caso actual, algunos autores, como Marina Gascón, han optado por llamarle auto-precedente.

8 MARINA GASCÓN, LA RACIONALIDAD Y EL (AUTO) PRECEDENTE: BREVES CONSIDERACIONES SOBRE EL FUNDAMENTO Y LAS IMPLICACIONES DE LA REGLA DEL AUTO-PRECEDENTE, EN FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DE LA TEORÍA DEL PRECEDENTE JUDICIAL 67 (CARLOS BERNAL PULIDO ET AL. ED., 2015).

En Colombia opera actualmente un modelo en el que se reconoce la trascendencia de las decisiones judiciales, debido, entre otras cosas, a la (re)interpretación de las fuentes del derecho consagradas en el artículo 230 de la Carta Política y también a la doctrina constitucional⁹, según la cual se considera que las sentencias proferidas por las altas cortes constituyen precedente judicial y resultan vinculantes para los jueces y autoridades administrativas, por provenir de órganos cuya función constitucional es la de unificar la jurisprudencia en sus respectivas jurisdicciones¹⁰ y porque ello “*redunda en una mayor coherencia del sistema jurídico*”¹¹.

De igual forma, la labor legislativa también ha resultado relevante, en la medida en que con la expedición de la Ley 1437 de 2011 -Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo- se ha elevado a rango legal el valor vinculante de las sentencias de unificación jurisprudencial que expide el Consejo de Estado (art. 270 del CPACA), e incluso se han diseñado mecanismos para lograr la extensión de sus efectos a casos similares¹². En palabras de Quinche Ramírez, se ha dado una “*positivización del precedente judicial*”¹³.

También podría sostenerse que, en general, toda sentencia que expide el Consejo de Estado así no sea de aquellas que encajan en la tipología de sentencia de unificación, puede tener la connotación de precedente judicial, debido a la consagración misma que tiene la

corporación como órgano de cierre y unificador de jurisprudencia. De hecho, la Corte Constitucional, se refirió en la sentencia C-588 de 2012 a la posible pérdida de valor de las sentencias que no son de unificación e indicó que “[l]as demás sentencias del Consejo de Estado siguen teniendo su valor como precedente del órgano de cierre de lo contencioso-administrativo”¹⁴.

Con todo, debe indicarse que la importancia del precedente judicial radica, fundamentalmente, en los valores y principios que promueve: igualdad, seguridad jurídica, confianza legítima, coherencia del sistema jurídico, entre otros. Al respecto, la Corte Constitucional ha indicado que existe una relación directa entre estos y el precedente judicial:

“5.1. La interrelación entre el precedente, la igualdad, la buena fe (entendida como confianza legítima) y la seguridad jurídica

*El respeto del precedente obedece, entre otros: (i) a la protección del derecho fundamental a la **igualdad** (art. 13 Constitucional), en virtud del cual resulta arbitrario resolver casos con elementos fácticos similares o análogos de manera diferente; (ii) al principio de **buena fe** (art. 83 Superior), el cual “incorpora el valor ético de la confianza y significa que el hombre cree y confía que una declaración de voluntad surtirá, en un caso concreto, sus efectos usuales, es decir, los mismos que ordinaria y normalmente ha producido en casos análogos”; criterios a partir del cual se desarrolla la confianza legítima, la cual se erige a partir de expectativas favorables, que generan convicción de estabilidad sobre determinadas situaciones jurídicas que permiten reclamar el respeto de expectativas legítimas con protección jurídica; y (iii) a razones de **seguridad jurídica**, en atención a que las normas deben tener un significado estable para*

9 Doctrina compuesta por, entre otras, las sentencias T-123 de 1995, T-566 de 1998, C-836 de 2001, T-194 de 2011, C-539 de 2011, C-816 de 2011, SU-053 de 2015, C-621 de 2015 y SU-354 de 2017; en donde se sostiene que las decisiones de las altas cortes tienen un carácter vinculante por ser expedidas por órganos que tienen la función de unificar jurisprudencia y, por lo tanto, no deben ser desconocidas, dado que esto garantiza los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica.

10 Así lo sostuvo la Corte en la sentencia C-816 de 2011.

11 Al respecto, ver la Sentencia C-335 de 2008.

12 En el artículo 102 del CPACA se establece el mecanismo de extensión de la jurisprudencia de unificación a terceros por parte de las autoridades administrativas.

13 MANUEL FERNANDO QUINCHE RAMÍREZ, EL PRECEDENTE JUDICIAL Y SUS REGLAS 128 (2016).

14 C.C., 25 de julio de 2012, Sentencia C-588/12, M.P. Mauricio González Cuervo.

guiar la conducta de los seres humanos y, por ende, los jueces deben interpretarlas y aplicarlas de manera coherente, de forma tal que sus decisiones judiciales sean razonablemente previsibles.”¹⁵ (Resaltado propio).

En el caso de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, estos no tienen una consagración expresa en la Constitución Política de 1991, sin embargo, son principios implícitos que tienen plena aplicación en el ordenamiento jurídico colombiano.

En primer lugar, la seguridad jurídica ha sido entendida como la *“idoneidad del Derecho para lograr ese saber a qué atenerse”¹⁶*, así mismo, es comprendido *“como aquella cualidad que tiene el ordenamiento jurídico relativo a la certeza del Derecho cuando el mismo se aplica”¹⁷* y como la *“aplicabilidad del principio de legalidad y el carácter previsible de las normas jurídicas”¹⁸*. En últimas, este principio se comprende como aquel que garantiza la certeza, estabilidad y previsibilidad de que las normas y reglas jurídicas que fundamentan la actuación de un ciudadano, por ser conocidas y encontrarse vigentes en determinado momento, serán respetadas y/o aplicadas posteriormente a su situación particular¹⁹.

Por su parte, el principio de confianza legítima se erige como un principio de protección que implica que *“ciertas expectativas, que son suscitadas por un sujeto de derecho en razón de un comportamiento determinado respecto de otro sujeto o de la comunidad jurídica en su conjunto, producen efectos jurídicos”²⁰*. Viana Cleves lo entiende como un principio que *“otorga al administrado el poder de exigir una protección jurídica de sus expectativas legítimas cuando, al tener razones objetivas para confiar en la estabilidad de la situación jurídica preexistente, la alteración repentina de la misma, sin haber sido proporcionados el tiempo y los mecanismos necesarios para su adaptación a la nueva situación, desencadena una alteración grave de sus condiciones económicas y patrimoniales.”²¹*

Al respecto, el Consejo de Estado ha indicado que este principio *“se fundamenta en la protección de las expectativas ciertas, razonables y fundadas que tienen los administrados con relación a las actuaciones del Estado”*. En últimas, se considera que con este *“se amparan unas expectativas válidas que los particulares se habían hecho con base en acciones u omisiones estatales prolongadas en el tiempo, que se materializan en comportamientos activos o pasivos de la administración pública, regulaciones legales o interpretaciones de las normas jurídicas”²²*.

Conforme a lo anterior, puede decirse que este principio protege las esperanzas o expectativas legítimas que se crean en el ciudadano a raíz de

15 C.C., 31 de agosto de 2018, Sentencia T- 360/18, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

16 César García Novoa, El principio de seguridad jurídica en materia tributaria 21 (2000).

17 C.C., 05 de junio de 2013, Sentencia C-328/13, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

18 Gabriel Valbuena Hernández. La defraudación de la confianza legítima: aproximación crítica desde la teoría de la responsabilidad del Estado 204 (2008).

19 Tanto la doctrina como la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado destacan de este principio los elementos de certeza y previsibilidad del sistema jurídico, así como el respeto y confianza de que se aplicaran en un futuro, ver entre otros, Humberto Ávila. Teoría de la Seguridad Jurídica (2012), José Luis Cea Egaña, *La seguridad jurídica como derecho fundamental*, 11 Revista de derecho 1,47(2004), Atilo Anibal Alterini, La inseguridad jurídica (1993), también, C.C., 29 de enero de 1999, Sentencia SU-047/99, M.P. Carlos Gaviria Díaz, C. Edo. Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, Auto de Unificación, 28 de marzo de 2019, 15001-23-33-000-2003-00605-01, C.P. William Hernández Gómez y C. Edo. Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta,

06 de agosto de 2020, 19001-03-28-000-2020-00040-00, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez.

20 Sylvia Calmes, Du principe de la protection de la confiance légitime en droit allemand, communautaire et français, citado por Gabriel Valbuena, La defraudación de la confianza legítima: Aproximación crítica desde la teoría de la responsabilidad del Estado 153-154 (2008). Este planteamiento también es acogido por Pedro José Jorge Coviello quien indica que este principio *“ampara a quienes de buena fe creyeron en la validez”* de cualquier actuación estatal que sean *“jurídicamente relevantes y eficaces para configurarla”* en Pedro José Jorge Coviello, La protección de la confianza del administrado (2004).

21 María José Viana Cleves, El principio de confianza legítima en el derecho administrativo colombiano 162 (2007).

22 C. Edo. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, 29 de enero de 2019, 11001-03-28-000-2018-00031-00. C.P. Rocío Araujo Oñate

una omisión, actuación, o decisión, adoptada por una autoridad estatal, las cuales implantan una serie de criterios en los que el ciudadano confía y a los que adecua su conducta, con miras a obtener el mismo resultado determinado y preestablecido por la administración. De modo que, este principio evita que el ciudadano se vea sorprendido con situaciones que no conocía, que no le eran previsibles y que van en contravía de esa convicción que se creó con la conducta de la autoridad estatal²³.

De igual forma, el principio de confianza legítima protege las expectativas y/o esperanzas legítimas que se crean con los fallos reiterados expedidos por los órganos judiciales que tienen la competencia de unificar criterios, los cuales, como ya se decía, constituyen precedente judicial. Lo anterior, implica que, ante cambios del precedente judicial por altas cortes, como el Consejo de Estado, que sean intempestivos y abruptos, el principio impone que se debe respetar la confianza que le ha sido creada al ciudadano y a la cual atemperó su conducta en un momento determinado, a fin de que el operador judicial que conozca su caso adopte y aplique la misma postura que previamente había sido establecida para resolver un asunto similar. Así lo ha manifestado la Corte Constitucional:

“La jurisprudencia que se ha referido a este principio constitucional, vinculándolo a la imposibilidad que tiene el Estado de modificar intempestivamente las reglas de juego que gobiernan sus relaciones con los particulares,

23 El Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 29 de enero de 2019, referenciada en la anterior nota a pie de página, establece cuatro (4) elementos que se requieren para que se configure la confianza legítima y que se corresponden con los planteados por María José Viana y Gabriel Valbuena Hernández, los cuales se pueden resumir como: (i) la existencia de un hecho claro y preciso que permita concluir la voluntad estatal tendiente a producir efectos jurídicos, (ii) legitimidad de la confianza que corresponde a que *“la convicción del destinatario sea genuina”*, (iii) exteriorización de la confianza del administrado que consiste en actuar u omitir una conducta ante el Estado y (iv) exista una defraudación de la confianza legítima, considera como *“una actuación intempestiva e inesperada de la autoridad”* que modifique las reglas aplicables en las relaciones entre administrados y Estado.

ha establecido su aplicación en dos frentes: el primero permite suponer que determinada regulación se mantendrá, cuando existen razones objetivas para ello y, el segundo, que las decisiones adoptadas por determinada autoridad pública serán consistentes con las expectativas de protección jurídica que se ha formado el ciudadano.

(...) de lo que se trata es de que las autoridades judiciales estén dispuestas a “adoptar la misma decisión cuando concurren los mismos presupuestos de hecho y derecho, sin que les sea permitido defraudar la confianza de los ciudadanos con la adopción de decisiones sorpresivas que no se ajusten a las que sean previsibles conforme a los precedentes judiciales sólidamente establecidos”²⁴. (Negrilla fuera del texto).

De manera que, estos dos principios poseen una clara relación con el precedente judicial, por cuanto la seguridad jurídica es un fundamento y un fin que se persigue al establecerse un determinado precedente, comoquiera que a través de este se da claridad y certeza, tanto al ciudadano como a todos los operadores judiciales, sobre las reglas jurídicas que se fijan para resolver un asunto, evitando con ello que se profieran decisiones injustas, arbitrarias y dispares. Así mismo, como el operador judicial tiene el deber de respetar y aplicar el precedente judicial, tal exigencia previene que se presenten situaciones de incertidumbre, inestabilidad e inseguridad jurídica.

En conclusión, ambos principios se convierten en una protección para el ciudadano, ante las modificaciones del precedente judicial del Consejo de Estado, pues exigen que no se desconozcan las posturas previas y que se tengan en cuenta las mismas para resolver un determinado asunto.

24 C.C., 03 de mayo de 2012, Sentencia T- 319A/12. M.P. Luis Ernesto Vargas.

II. El cambio de precedente y sus efectos temporales

La revocación o el cambio del precedente (*overruling* en el *common law*) es un fenómeno que se presentará cuando el operador judicial decida establecer un criterio jurídico distinto para resolver el caso bajo examen, apartándose, sea con razón suficiente o no, de la manera como previamente se había resuelto, por él mismo (precedente horizontal y auto-precedente) o por un superior, (precedente vertical) algún caso similar en cuanto al componente fáctico y jurídico²⁵.

Ahora bien, la variación de un precedente, salvo que ocurra con demasiada frecuencia, no debería implicar un problema para los ciudadanos, pues sería desacertado pretender que los jueces no puedan cambiar de opinión y que el derecho se petrifique ante la necesidad de regular una realidad social que es dinámica y cambiante. No obstante, a pesar de lo valioso que puede resultar el cambio de criterio judicial, en algunas ocasiones, la variación puede deberse a circunstancias que no son propiamente justas y razonables, por ejemplo, Ospina Garzón²⁶ señala que existen causas legítimas e ilegítimas del cambio de precedente y, dentro de estas últimas, se encontrarían todas aquellas circunstancias en donde lo que prevalece es la veleidad del operador judicial y la desviación del poder jurisdiccional.

25 Tal concepto se adapta a partir de los conceptos propuestos por Patricia Campos Mello, *La función de los precedentes como un filtro argumentativo*, en *Fundamentos filosóficos de la teoría del precedente judicial* 67 (Carlos Bernal Pulido ET AL. ed., 2015). Y por Álvaro Cuesta Simanca, *Responsabilidad del Estado por aplicación retroactiva de cambios de jurisprudencia* (2012). Otros autores, como Carlos Bernal Pulido y Miguel Alvarado Esquivel también presentan sus propias definiciones, no obstante, no resultan del todo precisas y acuden más a las razones que pueden fundamentar un cambio de precedente que a explicar ciertamente en qué consiste.

26 Andrés Fernando Ospina Garzón. *Los cambios de jurisprudencia en la jurisdicción de lo contencioso administrativo: ¿veleidad o independencia del juez?*, en *Contribuciones para el sistema de precedentes jurisprudencial y administrativo* 41 (José Luis Benavides ed., 2014).

Con todo, en Colombia, se ha reconocido que los jueces pueden apartarse del precedente, sin embargo, deben exponer las razones que fundamentan esa decisión. Al respecto, la Corte Constitucional ha concretado los requisitos para que el juez, tanto individual como colegiado, se aparte del precedente, indicando que:

"(i) Debe hacer referencia al precedente que abandona, lo que significa que no puede omitirlo o simplemente pasarlo inadvertido como si nunca hubiera existido (principio de transparencia).

(ii) En segundo lugar, debe ofrecer una carga argumentativa seria, mediante la cual explique de manera suficiente y razonada los motivos por los cuales considera que es necesario apartarse de sus propias decisiones o de las adoptadas por un juez de igual o superior jerarquía (principio de razón suficiente)"²⁷.

Cumplidos esos dos principios, esto es, el de transparencia y el de razón suficiente, puede considerarse que el apartamiento del precedente es válido y que no resulta arbitrario para quien acude a la administración de justicia. De igual forma, el componente argumentativo debe ser de tal calidad, que permita dilucidar claramente los motivos que hacen imperativo el cambio de postura.

En el caso del Consejo de Estado, la variación del precedente se puede constatar en algunas sentencias donde simplemente se abandona una línea jurisprudencial pacífica sobre un determinado tema y se implanta un nuevo criterio²⁸, o cuando se profiere una sentencia

27 Id.

28 Como, por ejemplo, en las sentencias donde se modificó la postura frente al régimen subjetivo de responsabilidad del Estado por prestación del servicio de salud, pues en 2006 se abandonó el criterio de la falla presunta y se retornó el régimen general de la falla probada del servicio con ocasión de la Sentencia de la Sección Tercera del 31 de agosto de 2006, 68001-23-31-000-2000-09610-01 y con otros pronunciamientos de ese mismo año. O también en los casos de responsabilidad por la prestación deficiente del servicio de gineco-obstetricia, donde en virtud de la sentencia de la Sección Tercera, del 7 de diciembre de 2004, radicado 14767, se abandonó la tesis sobre la aplicación del régimen objetivo y se analizó la imputación en estos casos conforme al régimen subjetivo de falla probada del

de unificación jurisprudencial y, si bien podría argumentarse que en estas últimas solamente se “unifican” criterios, lo cierto es que debe analizarse que estos fallos se suscitan, generalmente, con ocasión de posturas divergentes dentro de la misma jurisdicción, con lo que se tiene que hay procesos que vienen siendo sustanciados o fallados en primera instancia conforme una determinada postura y otros conforme a otra distinta. En tal sentido, sentar jurisprudencia puede implicar, para algunos ciudadanos, que su caso sea finalmente resuelto de una manera diferente a como se esperaba que fuera fallado hasta antes de que se expediera la sentencia de unificación. De manera que, es allí cuando también se puede hablar de cambio de precedente, aunque formalmente solo se diga que es una unificación de jurisprudencia.

Ahora bien, cuando se presenta un cambio de precedente conviene preguntarse si el nuevo criterio se aplica solamente a los casos que se presentarán en el futuro, o si debe aplicarse también al caso actual que se resuelve y a todos los que están pendientes por decisión judicial. En el primer caso, se trata de una aplicación prospectiva del cambio de precedente y, en el segundo supuesto, se trata de una aplicación retroactiva del mismo.

Lo que se ha denominado como “efecto prospectivo”, o una revocación prospectiva del precedente “(*prospective overruling, non-retroactive judicial law making*)”²⁹, implica:

“que el caso actual enjuiciado sería resuelto conforme al antiguo criterio, anunciándose en la misma sentencia el nuevo criterio jurisprudencial, que sólo sería aplicable para casos posteriores, variando, no obstante, los criterios para la aplicación de la nueva doctrina, ya que puede circunscribirse a cualquier caso que se resuelva con posterioridad a la emanación de la sentencia,

*o sólo a los hechos enjuiciados en procesos que se inicien con posterioridad a la sentencia, o sólo a los hechos que se produzcan con posterioridad a la sentencia.”*³⁰

En tal sentido, un sistema o efecto prospectivo indica que el cambio de precedente, o la aplicación de las nuevas razones de peso para decidir (*ratio decidendi*), deben aplicarse hacia el futuro, es decir que, el nuevo criterio no afecta el caso concreto que se resuelve, sino que solo será aplicable a los casos que surjan con posterioridad a la variación.

Por su parte, el “efecto retroactivo” o revocación retroactiva del precedente (*retrospective overruling, adjudicative retroactivity*)³¹ implica “*la aplicación del nuevo criterio al caso actual enjuiciado y a cualquier otro caso que haya de ser resuelto con posterioridad donde resultara aplicable la misma fuente del Derecho seleccionada o interpretada con el nuevo criterio jurisprudencial.*”³²

De manera que, la aplicación del cambio de precedente en estos casos es de forma “inmediata”, con lo que, además de aplicar el cambio de precedente (o el nuevo criterio que se implanta en la sentencia) a los casos futuros, se estará afectando también al caso *sub judice* y a todos los demás que se encuentran pendientes por fallo judicial.

Ahora, conviene precisar que la aplicación de un efecto retroactivo no implica que se alteren situaciones jurídicas consolidadas antes del cambio de precedente, pues la resolución de los asuntos fallados bajo la órbita del precedente que se encontraba vigente no es susceptible de ser alterada en virtud del nuevo criterio jurídico, ya que sería como atentar contra el principio de cosa juzgada y afectar derechos adquiridos. Lejos de ello, el efecto retroactivo se centra solamente en que las nuevas consideraciones jurídicas se aplican a los casos cuyos supuestos fácticos se dieron con anterioridad al cambio de precedente, pero respecto de los cuales todavía no se tiene

servicio, pero con flexibilización frente a la prueba de la falla, al considerar indicios como el desarrollo normal del embarazo hasta el momento del parto.

29 MARTIN OROZCO MUÑOZ, La creación judicial del derecho y el precedente vinculante 248 (2011).

30 Id.

31 Id.

32 Id.

una decisión judicial definitiva. Por ello, y para evitar confusiones, a veces se opta por llamarlo efecto retrospectivo.

Bajo esa perspectiva y entrando en materia, se debe indicar que el Consejo de Estado acude a modular sus sentencias conforme los efectos temporales que ha identificado la doctrina. Sin embargo, una revisión de las sentencias expedidas por este órgano, permite evidenciar que la regla general es la aplicación retroactiva³³ del cambio de precedente y solo en contadas excepciones se acude al efecto prospectivo³⁴. Además, la usanza de este efecto como regla general ha sido reconocida expresamente por la misma corporación³⁵.

33 Al respecto, véase las Sentencias de Unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del 28 de agosto de 2018, radicación No. 52001-23-33-000-2012-00143-01 (IBL aplicable a pensionados del régimen de transición) y del 09 de agosto de 2016, radicación No. 11001-03-25-000-2011-00316-00 (alcance del control judicial de los actos administrativos proferidos en ejercicio de la acción disciplinaria). De la Sección Segunda del 25 de abril de 2019, radicación No. 85001-33-33-002-2013-00237-01(1701-16) CE-SUJ2-015-19 (asignación de retiro soldados profesionales). De la Sección Tercera del 28 de agosto de 2014, radicación No. 26251 (reconocimiento y liquidación de perjuicios morales en caso de muerte y de daño inmaterial por afectación de bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados) y del 28 de agosto de 2014, C.P. Olga Mérida Valle de la Hoz, radicación No. 31172 (perjuicios morales a reconocer a las víctimas en casos de lesiones personales).

34 Como en las Sentencias de Unificación la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del 27 de marzo de 2007, radicación No.: 76001-23-31-000-2000-02513-01 (acción idónea para reclamar la indemnización por el no pago, o no pago oportuno de las cesantías definitivas) y del 29 de enero de 2019, radicación No. 11001-03-28-000-2018-00031-00 (sobre la inhabilidad consagrada en el artículo 179.5 de la Constitución). También las Sentencias de Unificación de la Sección Quinta del 07 de junio de 2016, radicación No. 11001-03-28-000-2015-00051-00 (sobre la incompatibilidad prevista en los artículos 31.7, 32, 38.7 y 39 de la Ley 617 de 2000, así como la aplicación de los principios pro homine y pro electoralem en materia electoral y los efectos de las declaraciones de nulidades electorales por vicios subjetivos) y del 26 de septiembre de 2017, radicación No. 15000-23-4100-000-2015-02491-01 (en relación con la regla consistente en el deber de los jueces de resolver todas las causales de invalidez señaladas por la parte actora en las demandas de nulidad electoral).

35 Al respecto, en C. Edo., Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, 28 de agosto del 2018, 5001-23-33-000-2012-00143-01, C.P. Cesar Palomino Cortés, se indica: “La Sala Plena

De igual forma, es posible verificar que el Consejo de Estado prefiere muchas veces acoger el concepto de “retrospectividad”, en lugar del de “retroactividad”, no obstante, con ello no se indica otra cosa sino que el cambio de criterio debe ser aplicado inmediatamente, afectando a los procesos pendientes por resolución judicial y a los que se presenten a futuro. Por lo que, en la práctica, es lo mismo que el efecto retroactivo.

Esta modulación de efectos y la utilización indistinta de los conceptos de retroactividad y retrospectividad se puede verificar en algunos apartes de las consideraciones, o también en la parte resolutive de las sentencias. Sin embargo, lo relevante es que en muy pocos fallos se exponen las razones por las cuales se privilegió la escogencia del efecto retroactivo, lo que resulta problemático, porque no solo se altera la expectativa que se tenía de que el asunto fuese fallado conforme a un determinado criterio judicial, sino que tampoco se entiende por qué, en ese preciso caso, resultaba necesario aplicar inmediatamente las nuevas consideraciones.

III. Algunas sentencias del Consejo de Estado en donde se modulan los efectos temporales

Empecemos por la excepción, es decir, los casos en los que se aplica el efecto prospectivo. En primer lugar, tenemos la sentencia de unificación del 27 de marzo de 2007³⁶, proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por medio de la cual se estableció que la acción de reparación directa era improcedente para reclamar el pago de la indemnización moratoria que se genera ante la ausencia de pago, o no pago oportuno, de las cesantías definitivas de los funcionarios públicos.

de esta Corporación, por regla general, ha dado aplicación al precedente en forma retrospectiva (...)”.

36 C. Edo., Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, 27 de marzo 2007, 76001-23-31-000-2000-02513-01, C.P. Jesús María Lemos Bustamante.

Para fundamentar la escogencia del efecto prospectivo, la Sala acudió al respeto de la seguridad jurídica y del derecho de acceso a la administración de justicia y señaló que los casos que habían sido iniciados a través de la acción de reparación directa debían continuar así hasta su culminación, pues el criterio jurisprudencial solo era aplicable a partir de su ejecutoria. En tal sentido, el principio de seguridad jurídica se utilizó para proteger a los ciudadanos que demandaron con base en el criterio jurisprudencial anterior.

Este aspecto resulta relevante, porque es la primera vez en que la Sala contempla que, sobre un asunto netamente procesal, el efecto prospectivo sea más útil para evitar que se configure una situación que sería imposible de sanear o corregir después de instaurarse la demanda y de agotarse las distintas etapas procesales.

La aplicación de este efecto, también se observa en la sentencia de unificación del 29 de enero de 2019³⁷ del Consejo de Estado, en la que se unificó el criterio temporal respecto a la inhabilidad consagrada en el numeral 5 del artículo 179 de la Constitución, estableciéndose que dicha inhabilidad se configura y materializa desde el día de la inscripción de la candidatura al cargo de elección popular y culmina en la fecha de la elección del candidato. Esta regla de unificación fue modulada por el Consejo de Estado, al establecer que tendría *“aplicación a partir del próximo proceso electoral que se lleve a cabo para elegir Congresistas.”*³⁸

Para fundamentar la modulación, se acude a los principios de confianza legítima y seguridad jurídica, así: *“la jurisprudencia constante y reiterada de la Corporación configura una base sólida y objetiva a partir de la cual, el demandado confió, genuinamente y justificadamente, en que la inhabilidad por parentesco sólo se configuraba si el*

*pariente ejercía autoridad el día de los comicios, pues así lo había dicho la Sala Plena.”*³⁹

Interpretación que permite destacar que, para el Consejo de Estado, la jurisprudencia que es constante y reiterada es generadora de confianza legítima y amerita protegerse ante los cambios del precedente, lo que, en últimas, solo se lograría al privilegiar un efecto prospectivo.

Por otra parte, el efecto prospectivo también se usó para defender el debido proceso de la parte demandada en la sentencia de unificación del 27 de junio de 2017⁴⁰, expedida por la Sala Plena de la Sección Tercera, en la cual se unificó el criterio frente a los perjuicios que pueden ser reconocidos cuando se presenta la muerte o lesión de aquella persona que se desempeña como “ama o amo de casa” en una familia. Aquí, se consideró que la aplicación prospectiva garantizaba el derecho al debido proceso y a la defensa, toda vez que con la nueva postura se implantaba la posibilidad de reconocer nuevos perjuicios que no pudieron ser controvertidos durante el proceso.

Ahora bien, al acoger el efecto prospectivo se garantizan los principios de seguridad y confianza legítima, en la medida en que se evita que se apliquen situaciones intempestivas y sorpresivas que no existían al momento en que se demandó o, incluso, cuando se ejerció el derecho de contradicción y defensa. En otras palabras, es una herramienta que protege a todas las partes en un litigio, ante las nuevas reglas que se implantan por la modificación al precedente.

Así mismo, el efecto prospectivo evita que se presente incertidumbre e inestabilidad en el ordenamiento jurídico y lo mantiene estable, duradero y confiable, en donde las reglas reiteradas se respetan y se aplican para salvaguardar al ciudadano que actuó conforme a lo que previamente había sido establecido y que

37 C. Edo., Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, 29 de enero de 2019, 11001032800020180003100. C.P. Rocío Araujo Oñate.

38 Id.

39 Id.

40 C. Edo. Sala de lo Contencioso Administrativo – Sala Plena Sección Tercera, 27 de junio de 2017, 50001- 23-31-000-2000-30072-01. C.P. Hernán Andrade Rincón.

espera que sea aplicado al momento de resolver su asunto particular.

Sin embargo, como se indicó anteriormente, la regla general en el Consejo de Estado es que el cambio de precedente sea aplicado de forma retroactiva, lo que no solo termina vulnerando los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, sino que también, en algunas ocasiones, resulta en una vulneración de derechos fundamentales.

Uno de los fallos que conviene destacar, es la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018⁴¹, proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en donde se unificó el criterio interpretativo en relación con la aplicación del ingreso base de liquidación (IBL) que debe tenerse en cuenta en los casos de exfuncionarios públicos beneficiarios del régimen de transición pensional de la Ley 100 de 1993.

Esta unificación, derivó de la necesidad de asumir una posición que se alineara con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, frente al tema del IBL de la Ley 100 de 1993, y buscaba asimismo, terminar con la dispersión de criterios dentro de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, los cuales estaban generando decisiones diferentes para asuntos con los mismos supuestos de hecho.

El Consejo de Estado, al momento de defender el efecto temporal retroactivo, señaló lo siguiente:

“115. La Sala Plena de esta Corporación, por regla general, ha dado aplicación al precedente en forma retrospectiva, método al que se acudirá en esta sentencia, disponiendo que las reglas jurisprudenciales que se fijaron en este pronunciamiento se aplican a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud

del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.

116. Para la Sala, los efectos que se dan a esta decisión garantizan la seguridad jurídica y dan prevalencia a los principios fundamentales de la Seguridad Social, por ello no puede invocarse el principio de igualdad, so pretexto de solicitar la no aplicación de esta sentencia.” (Se destaca).

Sin perjuicio de lo dicho por la Sala, lo cierto es que en el fallo no se expuso un análisis frente a las implicaciones que traería el efecto retroactivo, en cuanto a las expectativas y/o esperanzas de quienes buscaron una reliquidación de sus pensiones con base en el precedente anterior, ya que en ninguna parte del fallo se argumenta la necesidad de que el nuevo criterio se aplique de forma inmediata a todos estos casos.

Este fallo, defraudó por completo la confianza legítima de las personas que, razonablemente, podían prever que su caso iba a resultar favorable, debido al conocimiento de la postura jurisprudencial, constante y reiterada, que accedía a la reliquidación pensional en estos casos. Además, con esta decisión, se configuró una vulneración del derecho a la igualdad, dado que, personas cuyos casos se resolvieron antes de la sentencia de unificación, tienen pensiones reliquidadas de forma diferente de aquellas personas cuyos casos no se fallaron prontamente, a pesar de tener los mismos supuestos fácticos y jurídicos.

Algo similar sucedió en la sentencia de unificación del 29 de noviembre de 2021⁴², proferida por la Sala Plena de la Sección Tercera, en la cual se unificó el monto de los perjuicios morales en casos de privación injusta de la libertad, los cuales fueron reducidos considerablemente y se modificó también el estándar probatorio exigido a las víctimas indirectas para demostrar el daño moral.

41 C. Edo., Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, 28 de agosto de 2018, 52001-23-33-000-2012-00143-01. C.P. César Palomino Cortés.

42 C. Edo., Sala de lo Contencioso Administrativo – Sala Plena Sección Tercera, 29 de noviembre de 2021, 18001 – 23- 31 -001-2006-00178-01. C.P. Martín Bermúdez Muñoz.

El efecto retroactivo, se defiende argumentando que lo que vincula de una regla jurisprudencial es *"su enunciación precisa en la sentencia en la que se adopta"*⁴³ y que es esto lo que crea la expectativa legítima. Asimismo, que el derecho a la igualdad se garantiza aplicando la providencia de forma similar a los casos próximos a resolverse, pues se alega que *"la fecha en la cual se presentó la demanda no tiene en este caso ningún tipo de relevancia para estructurar tal derecho"*⁴⁴.

No obstante, el primer argumento no resulta ser cierto, dado que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado ha señalado que la jurisprudencia constante y reiterada también es generadora de confianza legítima⁴⁵, sin que se limite a la existencia de una regla expresa contenida en la sentencia. A su vez, el segundo argumento, desconoce lo manifestado por la misma jurisprudencia de la corporación, pues en algunos casos ha tenido en cuenta la fecha de presentación de la demanda para aplicar, o no, alguna regla jurisprudencial, ya que se considera que no es viable resolver un asunto con reglas que no estaban vigentes cuando ocurrieron los hechos⁴⁶.

43 Id.

44 Id.

45 Esta argumentación se encuentra en la sentencia de Unificación del 29 de enero de 2019 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, con ponencia de Rocío Araujo Oñate, previamente analizada cuando se abordaron los casos de efecto prospectivo.

46 En sentencia del 02 de marzo de 2020 de la Subsección B de la Sección Tercera (Radicado 39947 – C.P. Martín Bermúdez Muñoz) no se aplicó la regla jurisprudencial contenida en la sentencia de unificación del 19 de noviembre de 2012 (Rad. 24.897), porque esta regla jurisprudencial no se encontraba vigente al momento de los hechos. La regla consistía en que no se podía ejecutar a una entidad pública persiguiendo el pago de prestaciones sin la existencia de un contrato válido y con sustento solo en haber sufrido un enriquecimiento sin justa causa. También, en la sentencia del 10 de diciembre de 2020 de la Subsección B de la Sección Tercera (Radicado 47.757 – C.P. Alberto Montaña Plata), no se aplica el precedente que determinó las excepciones que pueden proponerse en un proceso ejecutivo, donde el título ejecutivo está compuesto por un acto administrativo, ya que los hechos del caso habían sido previos al establecerse esa postura. Por lo tanto, se respeta la interpretación anterior en la que se permitía alegar la nulidad del acto administrativo como excepción de mérito.

Por otra parte, para justificar la aplicación de este efecto, se creó una regla jurisprudencial concerniente a que, sin que importe la instancia en la que se encuentre el proceso, se pueden allegar pruebas que demuestren el perjuicio moral alegado, lo que termina desconociendo las propias normas procesales de lo contencioso administrativo y excediendo las competencias del juez.

Otro caso en el que se aplicó el efecto retroactivo corresponde a la sentencia de unificación del 29 de enero de 2020⁴⁷, proferida por la Sala Plena de la Sección Tercera, mediante la cual se unificó la jurisprudencia frente al término de caducidad del medio de control de reparación directa, en asuntos relacionados con delitos de lesa humanidad o graves violaciones a los derechos humanos.

Debe destacarse que, si bien en este fallo no se determina expresamente que se acoge un efecto retroactivo, la aplicación se deduce porque la nueva regla sobre el término de caducidad fue aplicada al caso examinado por la Sala y ello deriva en que se declare la excepción de caducidad, al considerar que los demandantes, que eran familiares de la víctima directa, habían acudido a la administración de justicia siete años después de ocurrida la muerte extrajudicial de su pariente, sin que aparentemente se demostrara la imposibilidad de haber demandado durante el término establecido en la ley.

Esta aplicación retroactiva no solo afectó a las víctimas del caso concreto, sino también a aquellos procesos que estaban próximos a fallarse. De uno de estos casos da cuenta la sentencia de tutela del 30 de abril de 2021⁴⁸, en donde se analiza una providencia de segunda instancia proferida en un proceso cuyos supuestos fácticos son iguales al caso analizado en la sentencia de unificación, pues

47 C. Edo., Sala de lo Contencioso Administrativo – Sala Plena Sección Tercera, 29 de enero de 2020, 85001-33-33-002-2014-00144-01. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

48 C. Edo., Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera – Subsección B. 30 de abril de 2021, 11001-03-15-000-2020-04068-01. C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

la muerte extrajudicial había ocurrido en el año 2007 y la demanda se había presentado en el año 2014, es decir, siete años después.

En este último caso, en segunda instancia se aplica el nuevo criterio y se declara la caducidad del medio de control, sin embargo, los afectados interponen una acción de tutela, la cual resulta favorable al considerar que había un desconocimiento del precedente en el que se fundamentó la demanda y porque, al haberse modificado un presupuesto procesal, se dice que el ciudadano *“no puede ni debe verse afectado con los cambios repentinos de la jurisprudencia”*⁴⁹, pues, cuando esto sucede, la aplicación de la nueva regla debería regir en procesos futuros.

La sentencia de tutela termina demostrando lo problemático del efecto retroactivo, porque, a pesar de que los dos casos tenían los mismos supuestos fácticos y jurídicos, terminaron resolviéndose de una forma distinta, pues si bien se tutelaron los derechos fundamentales en el segundo caso y se ordenó expedir un fallo de reemplazo, no resultó igual en el asunto que se falló en la sentencia de unificación, pues al revisarse el expediente⁵⁰, se logra constatar que los demandantes interpusieron una acción de tutela contra la providencia, pero la misma no fue favorable en ninguna instancia. Es aquí, donde se evidencia también que la aplicación injustificada del efecto retroactivo no promueve el papel unificador del Consejo de Estado.

También frente a un aspecto procesal, se presentó la aplicación retroactiva del precedente en la sentencia de unificación del 13 de julio

2021⁵¹, proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por medio de la cual se estableció que la acción de grupo resultaba improcedente para perseguir la indexación e intereses moratorios por el reconocimiento y pago tardío del reajuste salarial.

Nueva interpretación que se indicó que debía ser aplicada a todos los casos que estuvieran pendientes de resolución, tanto en vía judicial como administrativa. Para argumentar la escogencia del efecto retroactivo, se dijo simplemente que no se afectaban derechos adquiridos o fundamentales de las partes.

Sin embargo, no se comparte tal apreciación, porque al modificar un aspecto procesal, como lo es la procedencia de un medio de control, esto trae como consecuencia que se altere la confianza legítima y se transgreda la seguridad jurídica y derechos fundamentales como el acceso a la administración de justicia, igualdad y debido proceso, de los ciudadanos que acudieron a la administración de justicia con base en ese medio de control que alguna vez se consideró como idóneo para perseguir las pretensiones laborales.

Aunado a ello, los procesos pendientes no van a poder ajustarse a la nueva postura y ello trae como consecuencia que se tenga que proferir una sentencia inhibitoria, por indebida escogencia del medio de control o, simplemente, desestimar las pretensiones de la demanda por aspectos formales sin efectuar un análisis de fondo. Todo ello deja desprotegidos a los interesados, quienes son igualmente usuarios de la administración de justicia.

Estos dos casos últimos casos se traducen en situaciones intempestivas e inesperadas para los demandantes, a quienes se les modificaron las reglas procesales durante el transcurso del proceso y se les exigió atemperarse a nuevos parámetros que no estaban establecidos al

49 Id.

50 En la “Consulta de Procesos” de la página web de la Rama Judicial, se puede verificar que dentro de la acción de tutela con radicado No. 11001031500020200338100, promovida por Juan José Coba y otros, en contra de la providencia dictada por la Sección Tercera, le correspondió decidir en primera instancia a la Sección Quinta, que profirió sentencia el 03 de septiembre de 2020 denegando el amparo y, en segunda instancia, la Sección Segunda confirmó la decisión, mediante sentencia del 21 de octubre de 2020.

51 C. Edo., Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, 13 de julio de 2021, 05001-33-31-009-2006-00210-01. C.P. William Hernández Gómez.

momento en que se ejerció el derecho de acción y que, claramente, no van a poder cumplir.

De acuerdo con lo expuesto, el efecto prospectivo es el que contribuye a garantizar en mayor medida los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, pues impide que se apliquen reglas o interpretaciones que no conocía el ciudadano al momento de acudir a la administración de justicia. Asimismo, la aplicación prospectiva evita que se defraude la confianza legítima del ciudadano, porque como las reglas se aplican a futuro, entonces no permite que se presenten situaciones intempestivas y abruptas que desconozcan las expectativas y/o esperanzas legítimas que se crearon con el precedente anterior.

Así mismo, la prospectividad se acompasa con la realidad de la congestión y la mora judicial que aqueja a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, debido a que impide que los costos de las deficiencias en la administración de justicia se trasladen a los usuarios, cuyos asuntos deberían haber sido decididos años atrás conforme a un precedente anterior. En otras palabras, el efecto prospectivo evita que sea el ciudadano quien deba soportar las consecuencias de esos cambios intempestivos de precedente y tiende a que sea el Estado, quien asuma los efectos derivados de no haber garantizado una justicia oportuna.

No obstante lo anterior y, pese a la defensa que desde varios ámbitos se puede hacer del efecto prospectivo, lo cierto es que en el Consejo de Estado prevalece el cambio retroactivo de precedente y es una realidad difícil de cambiar. Por lo tanto, y entendiendo también que podrían existir buenas razones para aplicar inmediatamente un nuevo criterio jurisprudencial, resulta importante presentar una propuesta de solución que posibilite armonizar las dos perspectivas.

IV. Propuesta de Solución

Lo primero que se debe indicar es que, desde la doctrina y la jurisprudencia ya se han venido expresando algunas propuestas de solución a la problemática que plantea la definición de los efectos temporales del cambio de precedente. Por ejemplo, el Consejo de Estado ha intentado establecer algunas pautas a tener en cuenta al momento de optar por alguno de los efectos temporales, así en la sentencia del 04 de junio de 2019, la Sala indicó que ante el cambio de precedente deberían analizarse aspectos como los siguientes:

"29.- Para efectos de determinar si la aplicación retroactiva o retrospectiva del cambio de precedente judicial vulnera la seguridad jurídica y el principio de confianza legítima deben tenerse en cuenta, entre otros factores, los siguientes: (i) si la conducta del individuo dependió o no de la regla jurisprudencial vigente para el momento en el cual ocurrieron los hechos objeto de juzgamiento. Es decir, si su actuar dependió del conocimiento previo y calculabilidad de la regla sentada en el precedente que posteriormente es objeto de modificación; y, (ii) el grado de la fuerza normativa material del precedente modificado, para lo cual es necesario estudiar la corrección de la regla sentada en éste."⁵².

No obstante, algunas de estas pautas tienden a ser muy restrictivas, pues por ejemplo, se alude a los casos en que no se haya cuestionado lo bien fundado del precedente y lo cierto es que, como lo dice Ricardo Ezqueda *"en la mayoría de los casos las partes no discuten lo ajustado al ordenamiento que era la postura reformulada (...) o, aún peor, estos virajes se adoptan cuando ya los actores del conflicto no pueden intervenir pues el proceso se encuentra en etapa de fallo"*⁵³.

52 C. Edo., Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, 04 de junio de 2019, 11001-03-15-000-2013-01628-00. C.P. Martín Bermúdez Muñoz.

53 Ricardo Andrés Ricardo Ezqueda, *La aplicación retroactiva y retrospectiva del precedente judicial según el Consejo de Estado colombiano*, Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal N°. 47, 210 (2018).

Por otra parte, las autoras Marina Gascón⁵⁴ y Laura Serrato⁵⁵ consideran que la solución puede depender del análisis sobre la favorabilidad del cambio de precedente. En el caso de esta última autora, la favorabilidad es para “*el sujeto más débil de la relación*”⁵⁶, o el que “*se encuentra en la posición o condición de mayor vulnerabilidad*”⁵⁷. Lo anterior, resulta jurídicamente viable, según enfatiza, de conformidad con el principio *pro homine* y los “*criterios derivados del in dubio pro libertatis, la condición más beneficiosa, el favor debilis, e incluso el principio de equidad*”⁵⁸.

Por otro lado, Ricardo Ezqueda, acude a unos denominados “remedios procesales”, con los que plantea una serie de soluciones dependiendo del momento en que se presente el cambio de precedente aplicable a determinado asunto, pues, a su juicio, es posible que las partes presenten argumentos a favor o en contra de la aplicación del nuevo precedente y se decreten pruebas con el fin de verificar la existencia de los hechos que permitirían aplicar el nuevo criterio jurisprudencial⁵⁹.

Sin embargo, estos remedios resultarían ineficaces en algunos asuntos donde, por ejemplo, lo que se modifica es la interpretación que tiene el juez respecto al alcance de alguna norma, como en el caso de la sentencia de unificación del año 2018 sobre el ingreso base de liquidación aplicable a los beneficiarios del régimen de transición, pues allí no habría tenido cabida la solicitud de pruebas que hiciese la parte demandante, ni mucho menos los argumentos que presentase el abogado para no aplicar el nuevo criterio jurisprudencial, dado que se trataba de un asunto en donde el Consejo de Estado buscaba alinearse con el precedente de las otras altas cortes y pretendía que de esa

misma manera se fallaran los demás procesos en curso.

De igual forma, con estos “remedios” se le estaría dando a la problemática una suerte de resolución caso a caso y quedaría a merced del operador judicial otorgarles a las partes las oportunidades correspondientes para que estas se pronuncien frente a la posible aplicación del nuevo precedente judicial.

Entonces, no obstante lo valioso de las propuestas, cada una por separado resultan siendo insuficientes considerando la magnitud de la problemática que se presenta. Por ende, conviene adoptar una actitud propositiva y ofrecer una propuesta más amplia, en la que se integren varios de los aspectos mencionados y se armonice la retroactividad y la salvaguarda de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima.

En tal sentido, la propuesta consiste en que en todos los casos en que el Consejo de Estado pretenda modificar o cambiar su propio precedente, se debería realizar y exponer dos tipos de análisis: en primer lugar, un análisis acerca de la necesidad y las bondades del cambio de precedente (justificación del cambio en sí mismo), cumpliendo en todo caso, con los requisitos establecidos por la Corte Constitucional para apartarse del precedente -principios de transparencia y de razón suficiente- y; en segundo término, un análisis sobre el efecto temporal que considera más adecuado para aplicar en ese asunto (justificación del efecto temporal).

Se trata entonces de que la corporación argumente, no solo que abandona un precedente y por qué se aparta del mismo, sino que también justifique por qué las nuevas consideraciones jurídicas deberían aplicarse inmediatamente a los procesos que se encuentran en curso y ello debería hacerse teniendo en cuenta criterios como los que se acaban de mencionar. De manera que, la argumentación que fundamenta la escogencia del efecto temporal del cambio de precedente no sería la misma que justifica el cambio en sí mismo, pues aunque irían de la mano, representan dos aspectos diferentes con sus propias implicaciones jurídicas.

54 Supra nota 8.

55 Laura Serrato Perlaza, *Aplicación en el tiempo del cambio de precedente judicial en las tres altas cortes: dinámica actual y propuesta de solución* (2019) (tesis pregrado, Universidad Externado de Colombia).

56 Id. en 50.

57 Id. en 51.

58 Id. en 64.

59 Id. en 212-213.

Ahora, en el marco de ese segundo análisis sobre el efecto temporal, se debe acudir a la verificación de ciertos criterios que le permiten al juez establecer la procedencia de una eficacia retroactiva o prospectiva del cambio de criterio y sopesar así, las ventajas y desventajas que representa cada alternativa. Los criterios a tener en cuenta serían los siguientes: **i)** el tipo de precedente que se modifica y el grado de confianza que se podía tener frente al criterio jurídico que se abandona; **ii)** si alguna de las partes basó su conducta exclusivamente en la regla jurisprudencial anterior; **iii)** si el nuevo precedente introduce un cambio frente a aspectos procesales o impone una carga que, después de iniciado el proceso, sería imposible de cumplir para alguna de las partes; **iv)** la favorabilidad que puede representar el nuevo precedente y; **v)** si se presenta una colisión entre principios.

i) El tipo de precedente que se modifica y el grado de confianza que se podía tener frente al criterio jurídico que se abandona:

Corresponde analizar si el precedente que se modifica estaba contenido en una sentencia de unificación; o provenía de un conjunto de sentencias que, aunque no son de aquellas consideradas como de unificación, sí comprendían una línea jurisprudencial uniforme y pacífica sobre un determinado tema; o si lo que se está haciendo es unificar posturas dispersas dentro de la jurisdicción. Este aspecto está relacionado con el grado de confianza que podía generar el precedente que se abandona, toda vez que si aquel se encontraba contenido en una sentencia de unificación, resulta factible concluir que habría generado una expectativa de resolución judicial que es digna de protección bajo el efecto prospectivo. Por el contrario, si los pronunciamientos eran disonantes y la jurisprudencia estaba dispersa, entonces el cambio de precedente podía haber sido previsible y, por ende, el ciudadano estaba en capacidad de comprender que su caso podría ser decidido

conforme un criterio que no necesariamente le sería favorable.

Es deseable que, cuando se pretenda variar el precedente vinculante y unificado de la corporación, se modulen los efectos temporales hacia el futuro y, solo excepcionalmente, se acuda al efecto retroactivo, el cual, en todo caso, debería estar precedido de una argumentación suficiente que permita evidenciar por qué resulta procedente, ya sea por la favorabilidad que pueden representar las nuevas consideraciones, o porque entran en juego principios jurídicos que, confrontados con la igualdad, la confianza legítima y la seguridad jurídica, resultan siendo prevalentes.

ii) Si alguna de las partes basó su conducta exclusivamente en la regla jurisprudencial anterior:

Es decir, analizar si la conducta desplegada por alguna de las partes se basó enteramente en la regla jurisprudencial que se encontraba vigente al momento en que ocurrieron los hechos o se inició el proceso judicial. Por ejemplo, si la parte demandante alega la responsabilidad del Estado conforme un título de imputación que manejaba la Sección Tercera, o si afirma que presentó la demanda oportunamente y que no ha operado la caducidad conforme lo establecido en algún precedente de la corporación.

Lo mismo sucedería en caso contrario, si la parte demandada sustentó su defensa en las consideraciones judiciales anteriores. No obstante, resultaría prevalente para el análisis de este factor la posición de la parte demandante, pues es quien acciona y pone en movimiento el aparato judicial y, por ende, si actuó amparada en las consideraciones del Consejo de Estado, puede decirse que todo el proceso tiene como base de inicio la postura jurisprudencial de la corporación.

Se trata entonces de considerar si el criterio jurisprudencial del Consejo de Estado fue

determinante para que se iniciara el respectivo proceso judicial, pues en tal caso, debería tenerse en cuenta la expectativa legítima que tendrían los actores frente a la prosperidad de sus pretensiones, máxime si el precedente en el que basaron su conducta se encontraba contenido en una sentencia de unificación jurisprudencial.

De nueva cuenta, son deseables los efectos prospectivos del cambio de precedente en estos casos, sin embargo, podría justificarse la aplicación retroactiva con base en la favorabilidad o en la prevalencia de un principio jurídico.

iii) Si el nuevo precedente introduce un cambio frente a aspectos procesales o impone una carga que, después de iniciado el proceso, sería imposible de cumplir para alguna de las partes:

Con asuntos de orden procesal se alude, por ejemplo: al medio de control que se debía invocar en la demanda, a la jurisdicción y competencia y al término de caducidad de la acción, entre otros. Por otra parte, la imposición de cargas sería, por ejemplo: la prueba de algún elemento necesario para la prosperidad de las pretensiones, como en el caso del cambio de paradigma en cuanto al reconocimiento de perjuicios morales en favor del hermano de quien fue privado de su libertad injustamente, pues el precedente, al momento de presentar la demanda, solo les exigía a los demandantes la demostración de su estado civil, es decir, solo la acreditación de parentesco con la víctima directa, para presumir el dolor y la aflicción constitutivos de daño moral⁶⁰.

60 C. Edo. Sala de lo Contencioso Administrativo – Sala Plena Sección Tercera, 29 de noviembre de 2021, 18001 – 23- 31 -001-2006-00178-01. C.P: Martín Bermúdez Muñoz. Cuyo análisis se presentó previamente al analizar los casos donde se aplicó el efecto retroactivo.

En estos casos, tal como lo ha considerado en algunas ocasiones el Consejo de Estado⁶¹, si se privilegia la eficacia retroactiva del cambio de precedente, además de vulnerar los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, el juez estaría atentando también contra el derecho de acceso a la administración de justicia, pues al modificar retroactivamente el precedente frente a estos temas procesales se da al traste con la oportunidad del ciudadano de obtener justicia y reparación, ya que, por ejemplo, en el tema de la caducidad, un nuevo criterio permitiría que se profiriera un fallo inhibitorio o que no decida de fondo el asunto y, ante el paso del tiempo, no habría posibilidad de acudir nuevamente a la jurisdicción.

En tal sentido, resulta necesario que en estos asuntos se les dé continuidad a las actuaciones y al proceso en sí mismo, permitiéndole culminar conforme al criterio jurisprudencial anterior, lo que implica que el cambio de precedente deba ser siempre prospectivo o a futuro.

iv) La favorabilidad que puede representar el nuevo precedente:

La argumentación frente a la favorabilidad del nuevo precedente permitiría justificar la procedencia excepcional del efecto retroactivo, pues se concuerda con Gascón y con Serrato en que los efectos temporales del nuevo precedente deben ser analizados de la mano con la favorabilidad que pueden representar las nuevas consideraciones jurídicas para el caso. Sin embargo, debe precisarse, como bien lo indica esta última autora, que la favorabilidad debe entenderse para quien se encuentre en desventaja frente al Estado, o sea el extremo débil de una relación jurídica con el mismo.

61 Como en la sentencia de unificación del año 2007, analizado previamente en los casos de aplicación del efecto prospectivo y que se refería al medio de control adecuado para demandar el pago de la indemnización moratoria por no pagar oportunamente las cesantías.

Ahora bien, en materia constitucional podría resultar sencillo determinar si un precedente nuevo resulta más garantista que el anterior, por tratarse generalmente de asuntos relacionados con derechos fundamentales. Igualmente, sería factible en casos de responsabilidad extracontractual del Estado, o de derecho administrativo laboral, por identificarse fácilmente cuál es la parte que se encuentra en desventaja frente al Estado. No obstante, existirán asuntos que se ventilen al interior de la Jurisdicción donde puede resultar imposible, o por lo menos complejo, establecer cuál es el extremo débil de la litis, como por ejemplo en procesos en donde ambas partes sean entidades públicas.

De manera que, en este punto se debe propender por verificar que, al ser el nuevo criterio favorable y optar por un efecto prospectivo, se estaría retardando injustificadamente la operatividad de la nueva regla jurisprudencial, lo que haría necesario entonces acudir al efecto retroactivo y aplicar inmediatamente las nuevas consideraciones, tanto al caso *sub judice*, como a los que se encuentran en trámite dentro de la jurisdicción, a fin de que estos puedan ser fallados conforme un criterio jurisprudencial que les resultaría mucho más favorable.

v) Si se presenta una colisión entre principios:

Este criterio implica tener en cuenta que en los casos de cambio de precedente siempre se va a encontrar una tensión entre distintos principios jurídicos, pues por un lado, estarán los principios de igualdad, seguridad jurídica y confianza legítima y, por otra parte, estarán aquellos principios que se considera que pueden justificar una variación inmediata del precedente.

En esa medida, deberá acudirse a la ponderación⁶², con el fin de superar la colisión

62 La ponderación es una teoría creada por Robert Alexy, que permite que, ante la existencia de una colisión de principios

que se presenta entre principios y determinar si, en el caso concreto, los principios de seguridad jurídica y confianza legítima deben ceder frente a otros principios que resultan prevalentes. Esto dotará de mucho más sentido la escogencia de cualquiera de los dos efectos temporales y evitará que se presente un desconocimiento injustificado de estos principios.

V. Conclusiones y recomendaciones

En suma, el precedente judicial en Colombia tiene fuerza vinculante, especialmente, el que deriva de la jurisprudencia de las altas cortes. De igual forma, la importancia del precedente radica en los valores y principios que promueve, como la seguridad jurídica y la confianza legítima, los cuales protegen a los ciudadanos ante los cambios intempestivos de criterio judicial, ya que son garantía para el mantenimiento de las expectativas o esperanzas legítimas que se crean a partir de las sentencias judiciales.

Por otra parte, los jueces tienen el deber de respetar y aplicar el precedente judicial, sin embargo, no está vedada la posibilidad de apartarse del mismo, siempre y cuando se brinden las razones que justifican tal decisión. Al respecto, cuando se presenta un cambio de precedente, las nuevas consideraciones se pueden aplicar solamente a los casos futuros (efecto prospectivo), o al caso actual que se resuelve y a todos los que están pendientes por resolución judicial (efecto retroactivo o retrospectivo).

El Consejo de Estado varía su precedente con ocasión de algunas sentencias donde se abandona una línea jurisprudencial, o también cuando profiere una sentencia de unificación. En estos casos, la aplicación retroactiva del cambio de precedente es la regla general y solo en contados casos se aplica el efecto prospectivo. No obstante,

en un determinado caso, se pueda otorgar un mayor peso a uno de ellos de acuerdo con las circunstancias fácticas y con ello poder adoptar una decisión. Ver: Robert Alexy, Teoría de los Derechos Fundamentales (1993).

no hay un criterio uniforme para determinar en qué casos se debe aplicar uno u otro efecto temporal. Con todo, lo cierto es que del análisis de algunas sentencias se desprende que el efecto retroactivo desconoce los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, sin perjuicio también de la afectación a derechos fundamentales como la igualdad, debido proceso y acceso a la administración de justicia.

En atención a la problemática, se presenta una propuesta consistente en que el Consejo de Estado, en los casos en que se pretenda variar su precedente, exponga las razones que justifican dicho cambio y asimismo, una argumentación sobre la escogencia del efecto temporal que aplica. En esa medida, si bien se trataría de una doble argumentación y un incremento de trabajo para el operador judicial, resulta una exigencia mínima si se tiene en cuenta que se podría evitar que en estos casos los ciudadanos se vean asaltados en su buena fe y vean frustrado su derecho de acceso a la administración de justicia. Lo anterior, por cuanto un cambio retroactivo de precedente y además, sin argumento que lo justifique, deviene en una actuación arbitraria dentro de un sistema que defiende el valor vinculante del precedente judicial.

Finalmente, a modo de recomendación, conviene señalar que cuando se presente un caso de variación retroactiva del precedente y se apliquen en segunda instancia las nuevas consideraciones en perjuicio de los derechos y garantías fundamentales de alguna de las partes, es posible acudir al mecanismo de la acción de tutela contra providencias judiciales, pues si bien la Corte Constitucional mantiene una doctrina muy consistente frente a la procedencia excepcional de este mecanismo, se considera que, ante un cambio de precedente retroactivo que vulnere injustificadamente las expectativas legítimas de los ciudadanos, la parte que se considere afectada puede promover esta acción, con el fin lograr la protección de los derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y al acceso a la administración de justicia y así mismo, promover la sujeción del juez al precedente anterior, pues es factible que el juez constitucional ordene la

expedición de un nuevo fallo respetuoso del mismo, tal y como se pudo constatar con la Sentencia de tutela del 30 de abril de 2021⁶³, cuyo análisis se presentó dentro de uno de los ejemplos de aplicación retroactiva del precedente.

63 C. Edo. Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera – Subsección B, 30 de abril de 2021, 11001-03-15-000-2020-04068-01. C.P. Ramiro Pazos Guerrero.