



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C**

CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá, D.C., cuatro (4) de septiembre de dos mil diecisiete (2017)

Radicación: 68001-23-31-000-2009-00295-01 (57279) (Acumulado con Exp. 2010-00322)

Actor: Carlos René Santamaría y Otros

Demandado: Instituto Nacional de Vías – Invías

Asunto: Acción de controversias contractuales (Sentencia)

Descriptor: Controversias contractuales relativas a la liquidación judicial de un contrato y la nulidad de Actos Administrativos que declararon su caducidad con posterioridad al vencimiento del plazo de ejecución del mismo. El criterio jurisprudencial vigente para la época de expedición de los actos extendía la competencia temporal a la Autoridad administrativa hasta el término de vigencia del contrato, que incluye el de ejecución y la etapa de liquidación. En el caso las decisiones se dictaron dentro del término de vigencia del contrato, antes de vencer la oportunidad para llevar a cabo la liquidación del negocio. Se confirma la liquidación judicial del contrato realizada por el *a-quo*. **Restrictor:** Precedente judicial. Prohibición de aplicación retroactiva del precedente judicial por violación al debido proceso y las garantías judiciales, los derechos de libertad e igualdad y defraudación de la confianza legítima. Caso concreto.

Procede la Sala a decidir el presente asunto, correspondiente al recurso de apelación promovido por la parte demandada contra la sentencia de 16 de julio de 2015 dictada por el Tribunal Administrativo de Santander que estimó las pretensiones de la demanda.

1.- Expediente 2009-00295.

1.1.- La demanda.

Fue presentada el 29 de octubre de 2008 por Carlos René Santamaría Rodríguez, la sociedad Sánchez Constructores Ltda., la sociedad Álvarez y Vargas Ingeniería Ltda y Darío Vargas Sanz como integrantes del Consorcio CAVA¹ en ejercicio de la acción de controversias contractuales prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, con el objeto de que se declarara la liquidación judicial del contrato No. 1957 de 2006 celebrado entre estos y el Instituto Nacional de Vías – Invías por cuanto la Entidad estatal omitió cumplir ese deber. Pidió, consecuencialmente, se condenara a Invías a pagar la suma de \$1.767.164.304, a título de saldo insoluto, y \$461.500.000 a título de perjuicios materiales y morales por la terminación abrupta del contrato.

Alegó como normas violadas los artículos 2, 6, 13, 83 y 124 de la Constitución Política, 11 de la Ley 1150 de 2007 y 61 de la Ley 80 de 1993, vulneración que se hizo consistir en el incumplimiento del Invías del deber de liquidar el contrato dentro del término de Ley, por

¹ En adelante “los demandantes”, “el Consorcio”, “el Consorcio Cava” o “los miembros del Consorcio”



factores no imputables al contratista.

2.- Expediente 2010-00322.

1.1.- La demanda.

Fue presentada el 19 de agosto de 2010 en ejercicio de la acción de controversias contractuales con el objeto de que se declarara la nulidad de las Resoluciones No. 03069 de 20 de junio de 2008 y No. 06609 de 27 de noviembre de 2008 del Invías mediante el cual se declaró la caducidad del contrato No. 1957 y se resolvió el recurso de reposición, respectivamente. Consecuencialmente se pidió se condenara a la demandada al pago de perjuicios materiales y morales.

Alegó como normas violadas los artículos 2, 3, 6, 25, 83, 90, 121, 122 y 123 de la Constitución Política, 13, 23, 24 numerales 1, 2 y 4; 26 y 28 de la Ley 80 de 1993, 1494, 1551, 1553, 1554, 1602, 1603 y 1613 del Código Civil, 864 del Código de Comercio, 87 y 136 del Código Contencioso Administrativo, vulneración que se hizo consistir en que el Invías no respetó el contrato al no hacer la apropiación presupuestal que garantizara la seriedad y el cumplimiento del mismo y en razón a haberse declarado de manera ilegal la caducidad del contrato.

Hechos comunes

La Sala, en consideración a la base fáctica común, presenta los siguientes hechos de las demandas:

El 23 de octubre de 2006 el Consorcio Cava e Invías celebraron el Contrato de Obra No. 1957 cuyo objeto consistía en el mejoramiento y mantenimiento de la carretera Río Ermitaño – La Lizama – San Alberto, rutas 4511 y 4513, por un valor de \$5.818.125.418, con un término de ejecución de nueve (9) meses, cuyo inicio tuvo lugar el 30 de noviembre de 2006.

Las partes celebraron dos prórrogas del contrato, un Adicional 1 de 27 de agosto de 2007 por un término de tres meses hasta el 30 de noviembre de 2007 y un Adicional 2 de 29 de noviembre de 2007 que prorrogó el contrato hasta el 30 de diciembre de 2007.

A lo largo de la ejecución del contrato se presentaron varias imprevisiones técnicas no



imputables al Consorcio, lo que le hizo incurrir en mayores valores y pérdida de tiempo, además, ocurrieron imprevistos tales como el invierno generalizado entre septiembre y noviembre de 2006, el colapso del puente Flandes en el Municipio de Girón que era necesario para el transporte de la mezcla de la obra, alteraciones del orden público que impidieron el suministro de material de la planta Conca S.A ubicada en Puerto Araujo, Municipio de Cimitarra y la exigencia al Consorcio Cava de reelaborar estudios, los que no fueron pagados.

La última facturación de la obra se hizo el 13 de diciembre de 2007 y el contrato terminó el día 30 del mismo mes y año.

El 9 de enero de 2008 se celebró el Acta No. 14 de terminación del contrato y el 14 de febrero de 2008 se celebró el Acta No. 15 de recibo final de la obra, sin que haya liquidado el contrato.

En Resolución No. 03069 de 20 de junio de 2008 el Invías declaró la caducidad del contrato, al tiempo que en la Resolución No. 06609 de 27 de noviembre de 2008, desató el recurso de reposición formulado contra aquella decisión, en sentido confirmatorio.

2. Actuación procesal en primera instancia

2.1.- La demanda tramitada bajo el radicado 2009-00295 fue admitida a trámite en proveído de 15 de enero de 2010. De otro tanto, en el expediente 2010-00322 se admitió la demanda en auto de 29 de septiembre de 2010.

Oportunamente el Invías contestó la demanda dentro del radicado 2009-00295 oponiéndose a las pretensiones propuestas. Alegó que el Invías no ordenó la realización de estudios por encima del presupuesto; dijo que el contratista inició los trabajos mucho tiempo después de la orden de inicio lo que aunado a los malos manejos administrativos de los socios mayoritarios llevó a que sólo se ejecutara el 70% del contrato. De otro tanto sostuvo que las situaciones alegadas como imprevisibles no justificaron el incumplimiento del contrato lo que quedó probado en el acto que declaró la caducidad. Con fundamento en ello planteó las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, por cuanto fue el contratista quien incumplió el contrato y la falta de personería para invocar eventuales derechos de los consorciados.



De la misma manera en el expediente radicado 2010-00322 el Invías contestó la demanda, se opuso a su prosperidad, alegó que el acta de recibo de la obra no suple el acta de liquidación del contrato y la declaratoria de caducidad se hizo oportunamente acorde a la jurisprudencia del Consejo de Estado vigente para ese momento. Reiteró la excepción de inexistencia de derecho reclamado en razón al incumplimiento del consorcio.

En auto de 18 de marzo de 2011 se abrió el periodo probatorio, en proveído de 21 de noviembre de 2014 se acumularon los expedientes 2009-00295 y 2010-00322 y finalmente se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión en decisión de 27 de marzo de 2015, oportunidad aprovechada por los demandantes Darío Vargas Sanz y Vargas Ingeniería Ltda y el Invías, por el extremo pasivo. El Agente del Ministerio Público guardó silencio.

3.- Sentencia de primera instancia.

3.1.- El 16 de julio de 2015² el Tribunal dictó sentencia en la que accedió a las pretensiones de la demanda.

3.2.- Luego de plantear los antecedentes de la causa el *a-quo* formuló dos problemas jurídicos a ser resueltos, determinar si el acta de 14 de febrero de 2008 de recibo final del contrato No. 1957 de obra contiene la liquidación del mismo y averiguar si se cumplieron los requisitos para declarar caducidad del contrato como lo hizo el Invías en las Resoluciones No. 03069 de 20 de junio de 2008 y No. 06609 de 27 de noviembre de 2008.

En cuanto a la primera cuestión planteada, el Tribunal encontró que el acta en mención no constituía una liquidación del contrato; si bien concurrían los elementos reconocidos por la jurisprudencia, en su cuerpo se hizo una anotación donde se lee que las observaciones formuladas por la interventoría se tendrían “en cuenta para la liquidación del contrato de obra”, de donde dedujo el *a-quo* que las partes dejaron pendiente llevar a cabo tal acto.

En consecuencia, resolvió liquidarlo judicialmente basándose en la suma de \$115.603.587 que había sido reconocida por las partes en el Acta No. 15 como valor neto a pagar a favor del consorcio por obra ejecutada no cancelada en las actas parciales; agregó el Tribunal que no se probaron saldos mayores adeudados a su favor, pero sí el incumplimiento del contrato tanto en el plazo inicial como en sus prórrogas sin que se

² Fls 323-346, c1



demonstrara que la no conclusión de las obras ocurriera por las circunstancias alegadas por los actores. Así, se liquidó el asunto en una suma actualizada, a la época de la sentencia, de \$142.371.184,69.

Al abordar el segundo problema planteado, el Tribunal consideró que la declaratoria de caducidad del contrato debió ser realizada dentro del plazo de ejecución del contrato No. 1957 de 2006. Encontró que el plazo inicial de este, de 9 meses, que vencía el 30 de agosto de 2006 fue prorrogado en dos actas, una primera de 27 de agosto de 2007 por un término de tres meses, hasta el 30 de noviembre y otra de 29 de noviembre de 2007 por un mes, por lo que en definitiva, el plazo de ejecución lo fue hasta el 30 de diciembre de la misma anualidad.

No obstante ello, el Invías declaró la caducidad del contrato en la Resolución No. 03069 de junio de 2008, decisión confirmada en la Resolución No. 06609 de 27 de noviembre de 2008. Concluyó de ese recuento la ilegalidad de las decisiones de la Administración, por incompetencia temporal, al dictarse por fuera del plazo del contrato.

En consecuencia, resolvió estimar los perjuicios causados por tales actos ilegales en una suma actualizada de \$3.589.494.953,39 determinada en equidad a partir de la utilidad esperada para el contrato No. 1957 de 2006 proyectada por cada uno de los cinco años en los que se extendería la sanción de inhabilidad derivada de la declaratoria de caducidad.

4. Recurso de apelación y actuación en segunda instancia.

Contra lo así resuelto la parte demandada se alzó mediante el recurso de apelación³, impugnación concedida, previo trámite conciliatorio fallido, por el *a-quo* en auto dictado en la audiencia del 29 de marzo de 2016⁴. En auto de 11 de julio de 2016 esta Corporación admitió el recurso propuesto⁵ y en proveído de 29 de noviembre del mismo año se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, oportunidad aprovechada por el Invías⁶ y los demandantes⁷.

³ Fls 349-353, c1.

⁴ Fl 366, c1.

⁵ Fl 370, c1.

⁶ Fls 392-399, c1.

⁷ Fls 401-406, c1.



El Ministerio Público, en escrito de 8 de febrero de 2017, conceptuó parcialmente a favor de la alzada propuesta por Invías. Consideró que al momento de expedirse las decisiones administrativas que declararon la caducidad del contrato, Invías obró conforme al criterio jurisprudencial vigente adoptado por el Consejo de Estado sobre la materia, que afirmaba la posibilidad de declarar la caducidad del contrato inclusive vencido su término de ejecución, criterio que a partir del fallo de 20 de noviembre de 2008 Exp. 1999-01369 (17031) de la Sección Tercera fue modificado para sostener, en sentido opuesto, que el ejercicio de esa competencia exorbitante debe verificarse dentro del término de ejecución. Por ende, conceptuó que no se presenta la alegada incompetencia temporal en las decisiones administrativas de marras, de ahí que advirtiera que no se configura la nulidad de las mismas, solicitando se revocara lo resuelto por el *a-quo* en cuanto a este punto. De otro tanto, solicitó se mantuviera la liquidación judicial realizada por el Tribunal.

CONSIDERACIONES

1. Objeto del recurso de apelación

En su memoria de impugnación al fallo de primer grado la demandada expuso las razones con las que persiguen la revocatoria de la decisión que estimó las pretensiones.

Sostuvo que quedó probado el incumplimiento del contrato No. 1957 por los miembros del Consorcio Cava, dado que el desorden administrativo de los contratistas llevó a que se dejara de ejecutar el 30% del valor del contrato, todo lo cual llevó a expedir los actos mediante los cuales se declaró la caducidad del contrato.

De otra parte, defendió la legalidad de las resoluciones que declararon la caducidad del contrato, para lo que puso de presente la distinción que debe hacerse entre el término de ejecución y de vigencia del contrato, siendo el primero el que se cuenta para el cumplimiento de las obligaciones contractuales, mientras que el segundo comprende aquél y el previsto para la liquidación del contrato. Señaló que la jurisprudencia del Consejo de Estado⁸ había considerado que la declaratoria de caducidad debía verificarse dentro del término de vigencia del contrato, como ocurrió en el caso de referencia.

Anotó que las decisiones del Invías se dictaron conforme a la jurisprudencia vigente para la época, de manera que aplicar de modo retroactivo un criterio jurisprudencial fijado

⁸ Cita la Sentencia de 13 de septiembre de 1999 Exp. 10264 dictada por la Sección Tercera del Consejo de Estado.



posteriormente contraviene la buena fe protegida por la Constitución, los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14-1 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que versan sobre la tutela judicial efectiva, el derecho de igualdad y debido proceso como garantías básicas de las que goza la Administración cuando acude ante la justicia.

2.- Problema jurídico

De los antecedentes que informan la causa, el problema jurídico consiste en determinar, de una parte, si resulta ajustado a derecho decretar la nulidad de las resoluciones administrativas que declararon la caducidad de un contrato estatal con fundamento en un criterio jurisprudencial acogido por esta Corporación con posterioridad a la expedición y notificaciones de tales actos y, de otra parte, verificar si hay lugar a la liquidación judicial del contrato estatal.

Se apresta la Sala a pronunciarse sobre el valor del precedente judicial y la proscripción de aplicación retroactiva del mismo, habida consideración a que solo a esta altura del estado de cosas ha tomado conciencia suficiente, luego de diferentes pronunciamientos insulares sobre la materia, de advertir la necesidad de referirse de manera expresa a esta temática central para la labor adjudicativa y desentrañar la que considera es una regla general del oficio judicial: adjudicar los litigios conforme al derecho vigente; lo que resulta más que oportuno atendiendo las particularidades relevantes que plantea este contencioso, como se hace en los siguientes términos.

3.- Precedente judicial.

3.1.- *Generalidades.* El derecho de origen judicial, que hunde sus raíces en la práctica de los operadores de justicia y en las decisiones motivadas que éstos adoptan⁹, ha venido a erigirse como formante jurídico¹⁰, al amparo de una sofisticada¹¹ lectura del artículo 230

⁹ “La Sala verifica que el deber de motivar una sentencia judicial deviene exigible desde la doble perspectiva convencional y constitucional. Desde la primera de éstas, los artículos 8 y 25 de la Convención, relativos a las garantías judiciales y la protección judicial permiten establecer los lineamientos generales a partir de los cuales se consagra el ejercicio de una labor judicial garante de los Derechos Humanos. En el campo específico del deber de motivar las decisiones judiciales, la Corte IDH ha sostenido que “las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias”. **La motivación es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión.**”⁹ (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”⁹ 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.

¹⁰ “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,



constitucional¹² y por los desarrollos de la legislación¹³ 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 los ciudadanos y la actividad judicial, en tanto derecho vinculante¹⁴.

3.2.- 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.

3.3.- De una parte, una recta y ponderada interpretación del postulado constitucional “*los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley*”¹⁵, 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.

3.4.- 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 contraevidente¹⁶, razón

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 Madrid, 2015, pág. 154.

¹¹ 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.

¹² 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.

¹³ 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°.

¹⁴ “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.

¹⁵ 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.

¹⁶ 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 (1); las leyes, no obstante que pudieran vulnerar la Carta, en todo caso deberían acatarse y ejecutarse, y no podrían ser inaplicadas por los jueces (CP art. 4) (2); los derechos fundamentales de aplicación inmediata requerirían de una ley previa para poder ser aplicados por los jueces en los diferentes procesos (CP art. 85) (3); los valores y principios constitucionales, no estando incorporados en leyes ni necesitando,



por la cual es más afortunado asumir una interpretación que considere al “*imperio de la ley*” coherentemente como¹⁷ (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.

3.5.- Además, la lectura textual de la fórmula “*imperio de la ley*” hace perder de vista la profunda noción sustantiva que le subyace (*rechtsstaat*, *rule of law*, *l’Etat de droit*¹⁸) 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 poder¹⁹.

3.6.- 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

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 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).”

¹⁷ 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.

¹⁸ Sin perjuicio de las peculiaridades propias de los contextos políticos e históricos en los cuales surgió cada una de tales nociones. “No obstante un número de diferencias relativas a sus implicaciones y políticas, a las que se hará referencia con mayor detalle en secciones posteriores de este ensayo, los concepto de *rule of law*, *Rechtsstaat* y *État de Droit* comparte un concernimiento común por el control del poder político basado en la percepción de la falibilidad y arbitrariedad inherente del ser humano (...)” GROTE, Rainer. *Rule of Law, Rechtsstaat, y État de Droit*. En: *Revista Pensamiento Constitucional*. Año VIII, No. 8, pág. 128.

¹⁹ “El contenido mínimo de la noción hace referencia a una relación entre poder y Derecho, en la que el Derecho es expresión del poder, pero al mismo tiempo el poder sólo es legítimo si actúa conforme a un modelo jurídico preconstituído”. MANCILLA CÓRDOBA, Gema. *Imperio de la ley*. En: *Eunomia. Revista en cultura de la Legalidad*. No. 5, septiembre 2013-febrero 2014, págs. 177-185 (183).

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



poder judicial autónomo) y, finalmente, su entronque sustantivo versa sobre la protección de derechos y libertades civiles²⁰⁻²¹.

3.7.- 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 interpretativa²², 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.

3.8.- 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 sustantivo²³, (ii) el reconocimiento legislativo de la competencia de “unificación de jurisprudencia” de la Corte Suprema de Justicia²⁴ y del Consejo de Estado en el marco del mecanismo de revisión eventual de acciones populares y de grupo²⁵, (iii) el reconocimiento de prelación para fallo que puede dispensarse a aquellos asuntos en las Altas Cortes que demanden “sólo la reiteración de jurisprudencia”²⁶, (iv) el deber de

²⁰ 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 = <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2016/entries/rule-of-law/>>.

²¹ “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.

²² “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.

²³ Cfr., entre varias, Corte Constitucional. Sentencias T-1031 de 2001, C-590 de 2005, SU-448 de 2011 y SU-427 de 2016.

²⁴ 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”.

²⁵ 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.

²⁶ 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.



las autoridades estatales de tener en cuenta “precedentes jurisprudenciales que en materia ordinaria o contenciosa administrativa” cuando deban resolver peticiones o dictar actos administrativos relacionados con 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 aduaneros²⁷, (v) la creación de una categoría específica de providencias, las “sentencias de unificación de jurisprudencia”, como decisiones con fuerza jurídica *sui generis*²⁸ 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 Estado²⁹, (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 jurídicas³⁰, (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”³¹ y (ix) la constitucionalidad condicionada del artículo 17 del Código Civil³² que prohíbe a los jueces “*proveer en los*

²⁷ Ley 1395 de 2010. Artículo 114.

²⁸ Ley 1437 de 2011. Artículo 270.

²⁹ 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.

³⁰ Ley 1437 de 2011. Artículo 102 y 269.

³¹ Ley 1564 de 2012. Artículo 7°. 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.

³² 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.”



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

3.9.- 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 universalidad que subyace a toda decisión judicial que fija o sienta un precedente.

3.10.- 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 vigente³³.

3.11.- 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

³³ “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.



de acción de las autoridades³⁴.

3.12.- 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 interpretativos³⁵ 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, uniformidad³⁶, predictibilidad³⁷ y sistematicidad, razones éstas protegidas al amparo de la cláusula de Estado de Derecho.

3.13.- 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.

3.14.- 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

³⁴ “En efecto, si cada juez, al momento de interpretar la ley, le confiere en sus sentencias un sentido diferente a una misma norma, sin que el propio ordenamiento consagre mecanismos orientados a tal unificación, habrá caos, inestabilidad e inseguridad jurídica. Las personas no podrían saber, en un momento dado, cuál es el derecho que rige en un país.”. Corte Constitucional. Sentencia T-104 de 1993.

³⁵ “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 immanentes 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.

³⁶ “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. 2º 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

³⁷ “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.



autoridad, esto es, la extensión de esas consideraciones jurídicas más notables al nuevo asunto conocido.

3.15.- 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.

3.16.- Finalmente, se encuentra la universalidad discursiva³⁸, 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.

3.17.- *Precedente horizontal y vertical.* Esas notas se pregonan, sin ambages, del precedente en su perspectivas vertical y horizontal, entendiendo por el primero aquel que se determina por vía de un sistema funcionalmente jerarquizado donde la Alta Corte de cierre funge como ‘autoridad unificadora’ y los demás jueces de la estructura institucional como receptores de ese criterio llamado a ser seguido y concretado en los asuntos de su conocimiento; al tiempo que el precedente horizontal vincula a la propia ‘autoridad unificadora’ y a todo juez cargándole el deber de respetar sus pronunciamientos previos³⁹,

³⁸ Cfr. ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica. 2º ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, pág. 262.

³⁹ 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



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 estructurar la disciplina del precedente judicial.

3.18.- *Elementos*. De otro tanto, se hace necesario introducir algunas precisiones analíticas en torno al concepto de precedente⁴⁰, 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.

3.19.- 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.

3.20.- Así, dígase que en toda decisión puede hacerse abstracción de dos elementos: la exposición de las razones jurídicas con apoyo a las cuales se perfila la resolución del caso y la decisión. Este último dice relación con lo que se resolvió en un litigio concreto surtiendo efectos de cosa juzgada *inter partes*⁴¹, 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.

3.21.- 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

sistema judicial.” Corte Constitucional. Sentencia T-049 de 2007.

⁴⁰ “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.

⁴¹ 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.



causa⁴².

3.22.- 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.

3.23.- 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.

3.23.- Así concebido el asunto, son tres las labores que deben ser asumidas cuando se pretende afirmar la existencia de un precedente en un caso concreto: (i) interpretar e identificar la base factual relevante del caso precedente, (ii) hacer un juicio de igualación o comparación de los hechos de ambos casos, anterior y actual, y (iii) interpretar las consideraciones relevantes expuestas en el fallo precedente y extraer de allí la *ratio decidendi* como subregla de derecho que debe ser aplicada en el nuevo caso abordado. Una vez configurados esos elementos el precedente despliega su fuerza gravitacional como norma llamada a controlar la resolución del nuevo caso.

3.24.- 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* y *iure* de un modo necesario, concreto y específico.

⁴² “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.



3.25.- 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.

3.26.- *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 jurisprudencia⁴³ y el inciso tercero del artículo 103 de la Ley 1437 de 2011 “*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*”.

3.27.- 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.

3.28.- 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

⁴³ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-836 de 2001. Especialmente la exequibilidad condicionada dispuesta al artículo 4° de la Ley 169 de 1896.



interpretación errónea del derecho o a radicales mutaciones de la realidad social o jurídica.

3.29.- 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.

4.- “lo condeno por haber desconocido una directriz jurídica, para entonces, inexistente”. El cambio o revocatoria de precedentes y sus efectos en el tiempo.

4.1.- *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 estabilidad⁴⁴, 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.

4.2.- 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 precedente⁴⁵, siempre que se satisfaga una carga argumentativa suficiente.

⁴⁴ “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.

⁴⁵ “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.



4.3.- 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 siguiendo 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.

4.4.- 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.

4.5.- 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 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 retroactiva⁴⁶ del nuevo criterio jurisprudencial⁴⁷.

⁴⁶ Entendiendo por norma retroactiva aquella que trae nuevas consecuencias jurídicas a sucesos ocurridos antes de su existencia.

⁴⁷ “Diríamos que es normal que una ley opere hacia el futuro, y que puede discutirse que no debería operar de modo distinto; pero habría cierta falta de persuasión oculta en la afirmación de que la retroactividad viola la propia naturaleza del derecho. No obstante, basta con imaginar un país en el que todas las leyes sean retroactivas para ver que la retroactividad presenta un problema real para la moralidad interna al derecho. si suponemos que hay un monarca absoluto que permite que su reino exista en un estado de cosas de anarquía permanente, difícilmente diríamos que podría crear un régimen de derecho simplemente promulgando leyes para subsanar irregularidades pasadas que confieren legalidad a todo lo que ha pasado hasta el presente y anunciando su intención de proferir leyes similares en el futuro cada seis meses.

Un aumento general en la apelación a leyes para subsanar irregularidades jurídicas pasadas representa un deterioro en aquella forma



4.6.- 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.

4.7.- Y es que si la ley y en general cualquier precepto o criterio jurídico normalmente no puede 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.

4.8.- 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.

4.9.- *Garantías judiciales.* A la luz de la Convención Americana de Derechos Humanos las garantías judiciales recogidas en el artículo 8.1 CADH protegen los elementos básicos del debido proceso legal⁴⁸ y, entre otras de las posiciones allí aseguradas, se encuentra el derecho de toda persona a ser oída, lo que entraña un auténtico derecho de acceso a la justicia que involucra “asegurar el acceso al órgano competente para que determine el derecho que se reclama en apego a las debidas garantías procesales”⁴⁹ [en su faceta formal o procedimental] y “que el Estado garantice que la decisión que se produzca a

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

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

⁴⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Barbani Duarte y Otros Vs Uruguay. Sentencia de 13 de octubre de 2011, párr. 122.



través del procedimiento satisfaga el fin para el cual fue concebido. Esto último no significa que siempre deba ser acogido sino que se debe garantizar su capacidad para producir el resultado para el que fue concebido”⁵⁰ [faceta material], al tiempo que la jurisprudencia constitucional ha replicado similar entendimiento el enfatizar que la efectividad de la tutela judicial “no se circunscribe a la existencia de mecanismos nominales para poner en marcha la administración de justicia, sino que exige un esfuerzo institucional para restablecer el orden jurídico y garantizar la prevalencia del derecho sustancial”⁵¹

4.10.- Lo anterior significa que en el marco de todos los procedimientos, jurisdiccionales o no, que se adelanten por las autoridades estatales es deber indiscutible la preservación de las garantías procesales, de orden material, que permitan, en la mayor medida de las posibilidades, la defensa de las posiciones jurídicas de quienes se han involucrado en uno de tales procedimientos⁵².

4.11.- Por consiguiente, si el acceso a la justicia implica un derecho en virtud del cual se establecen formas, órganos y recursos dirigidos a garantizar a la persona la posibilidad efectiva de acudir ante la autoridad para obtener por su conducto la protección de los derechos y la defensa del orden jurídico, resulta bien entendido el deber de esa autoridad de adjudicar los asuntos puestos a su conocimiento conforme al derecho vigente, lo que inexorablemente implica la consideración de los criterios jurisprudenciales preexistentes a los hechos sobre los cuales deben dictar una resolución en derecho; pues si dentro de aquellas garantías se tutela el derecho a la obtención de una decisión suficiente motivada⁵³, claro resuelta que se viola tal derecho si se sorprende a los sujetos de la causa con la aplicación de un criterio jurídico de fuente jurisprudencial posterior a los hechos de la controversia, pues se trataría de imponer un criterio jurídico temporalmente inaplicable, por lo expuesto.

⁵⁰ Ibid., párr. 122.

⁵¹ Corte Constitucional. Sentencia C-086 de 2016.

⁵² Puede verse: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs Trinidad y Tobago. Sentencia de 21 de junio de 2002. Puede verse: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Castillo Páez vs Perú, sentencia de 3 de noviembre de 1997.

⁵³ “El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad a las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática. Por tanto, las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias. En este sentido, **la argumentación de un fallo y de ciertos actos administrativos deben permitir conocer cuáles fueron los hechos, motivos y normas en que se basó la autoridad para tomar su decisión, a fin de descartar cualquier indicio de arbitrariedad**” (Resaltado propio) Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Chocrón Chocrón Vs Venezuela. Sentencia de 1º de julio de 2011, párr. 118. Reiterado en Caso Maldonado Ordoñez Vs Guatemala. Sentencia de 3 de mayo de 2016, párr. 87. En similar sentido véase Corte Constitucional. Sentencia T-463 de 2013; Sentencia SU-659 de 2015. No obstante, este supuesto está recogido en la Sentencia SU-448 de 2011 (reiterada en la SU-427 de 2016) como una sub-clase del supuesto genérico de “norma no aplicable”. Donde la Corte Constitucional reconoce como defecto sustantivo el haberse decidido un asunto con apoyo en una norma que no se encontraba vigente.



4.12.- *Libertad*. De otro tanto, en cuanto hace a la libertad, se sabe que ésta se cuenta entre los bienes más preciados sobre los que se funda toda organización política contemporánea, de ahí que buena parte de los arreglos institucionales deban su razón de ser a la protección de posiciones jurídicas de *libertad*, bien entendido como esfera negativa de no interferencia de los demás en las acciones propias; como la posibilidad de ser protagonista del régimen jurídico al que se está sujeto y como el reconocimiento del espacio afirmativo que posibilita la realización de lo que se desea⁵⁴. En suma, es la afirmación de un ámbito tutelado en cuya virtud le asiste al individuo un poder de autogobierno, elección y determinación personal libre de injerencias arbitrarias o injustificadas del Estado o terceros⁵⁵.

4.13.- Así, se advierte que el cambio retroactivo de precedentes afecta de manera directa y grave la libertad de la persona, entendida como la autónoma ordenación del decurso de sus actividades vitales según los pareceres individuales. Si se admite que ese ideal de autonomía se realiza en la medida en que los individuos cuentan con suficiente información normativa relevante, certera y accesible para trazar su plan de vida y obrar conforme al marco de las expectativas normativas que han captado del ordenamiento, una aplicación retroactiva viola tal libertad al envolver la aplicación de consecuencias jurídicas no previsibles a hechos anteriores respecto de los cuales la persona no puede reaccionar y defrauda su convicción de haber obrado conforme a derecho, pues un cambio retroactivo impide tener certeza sobre el estatus jurídico de sus actos pasados.

4.14.- *Defraudación de la confianza legítima*. En virtud de la confianza legítima, que tiene su fundamento sustantivo en el postulado constitucional de buena fe, el respeto al acto propio y a la seguridad jurídica, se tutelan las expectativas que objetiva y razonablemente

⁵⁴ “14. (...) El núcleo esencial de la libertad personal está constituido, de una parte, por la posibilidad y el ejercicio positivo de todas las acciones dirigidas a desarrollar las aptitudes y elecciones individuales que no pugnen con los derechos de los demás ni entrañen abuso de los propios y, de otra, por la proscripción de todo acto de coerción física o moral que interfiera o suprima la autonomía de la persona sojuzgándola, sustituyéndola, oprimiéndola o reduciéndola indebidamente.” Corte Constitucional. Sentencia T-301 de 1993. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido sobre el derecho de libertad personal: “*En sentido amplio la libertad sería la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. (...) La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana. En efecto, del Preámbulo se desprende el propósito de los Estados Americanos de consolidar “un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”, y el reconocimiento de que “sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento de temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”. De esta forma, cada uno de los derechos humanos protege un aspecto de la libertad del individuo*”. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs Ecuador. Sentencia de 21 de noviembre de 2007, párr. 52.

⁵⁵ “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 coherencia 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.



fundadas han advertidos los terceros a partir de los actos (hechos, omisiones, decisiones) de las autoridades estatales y que presentan vocación de estabilidad⁵⁶. Por consiguiente, alteraciones imprevisibles o intempestivas contrarias a esa conducta previa pueden afectar de manera antijurídica la situación de quienes se han atenido y ajustado su proceder al patrón uniforme de conducta previo.

4.15.- Así, como a todo sujeto que obra conforme a un precedente le asiste la expectativa de que las consecuencias de tales actos surtidos y su juzgamiento se lleve a cabo conforme al derrotero jurisprudencial vigente para cuando ocurrieron tales, resulta bien entendido que la aplicación de un precedente retroactivo defrauda esa confianza, habida consideración que por esa vía la autoridad juzga los hechos o actos surtidos a partir de un criterio imprevisible e inesperado para quienes, en su momento, obraron conforme a las pautas jurisprudenciales vigentes para entonces.

4.16.- *Igualdad*. De análoga manera, se tiene averiguado que la igualdad de trato se erige en uno de los principios fundamentales de todo sistema jurídico contemporáneo. Prueba de ello es su amplio y profuso reconocimiento en los ámbitos constitucionales, en el escenario convencional de los Derechos Humanos y su adscripción como norma que ha ingresado en el dominio de la categoría de *jus cogens*: “101. (...) [E]l principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico”⁵⁷.

4.17.- 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

⁵⁶ “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.

⁵⁷ 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 Riffo y Niñas Vs Chile, Sentencia de 24 de febrero de 2012, párr. 79.



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 humano⁵⁸].

4.18.- 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.

4.19.- *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/ Argentina⁵⁹, relativo al rechazo de una demanda contencioso-administrativa donde la razón de la decisión tuvo por fundamento una interpretación jurisprudencial surgida con posterioridad a la fecha de interposición de la demanda.

4.20.- 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.

4.21.- 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

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

⁵⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Caso Narciso Palacios c/ Argentina. Informe No. 105/99. Caso 10.194. 29 de septiembre de 1999.



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.

62. El Estado argentino no logró demostrar ante la Comisión que la falta de agotamiento de la vía administrativa en que incurrió el peticionario se debió a su propia negligencia, sino más bien a una interpretación judicial que le fue aplicada de manera retroactiva. En este sentido, se observa que el principio de la seguridad jurídica impone una mayor claridad y especificidad en los obstáculos para acceder a la justicia.

63. Al mismo tiempo, el alcance de este derecho fundamental a la tutela judicial efectiva permite evitar que un nuevo criterio jurisprudencial se aplique a situaciones o casos anteriores (...)"⁶⁰ (Resaltado propio)

4.22.- *Criterio del Pleno Contencioso del Consejo de Estado.* Ante la Sala Plena de esta Corporación fue llevado un asunto relativo a la identificación de la acción contenciosa idónea que debía proponerse por el interesado en casos relativos a la liquidación y monto del derecho de cesantías y reconocimiento de sanción moratoria o las reclamaciones de pago de cesantías y sanción moratoria, en razón a la disparidad de criterios jurisprudenciales existentes en las diferentes Secciones de esta Corporación, dado que se habían propuesto, para la misma temática, las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, ejecutiva y de reparación directa.

4.23.- En el fallo que dirimió la controversia, que data de 27 de marzo de 2007⁶¹, la Sala fijó como criterio jurisprudencial unificado lo siguiente: (i) la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es la vía procesal conducente para controvertir los actos de reconocimiento de las cesantías definitivas, (ii) ese acto de reconocimiento constituye título ejecutivo y, entonces, puede ser reclamado por conducto de la acción ejecutiva, (iii) la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es procedente para controvertir el acto de reconocimiento de sanción moratoria, si hay acuerdo sobre su contenido y no se ha realizado el pago la acción idónea es la ejecutiva; (iv) si existe discusión sobre los elementos que conforman el título ejecutivo, debe acudir a la jurisdicción contenciosa para que defina el tema, de lo contrario, la ejecución puede ser adelantada ante la jurisdicción ordinaria.

4.24.- No obstante, lo relevante de este fallo radica en la inclusión de una cláusula

⁶⁰ *Ibíd.*, párr. 60-63.

⁶¹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 27 de marzo de 2007, Exp. 76001-23-31-000-2000-02513-01 (IJ).



expresa⁶² en la parte considerativa donde la Sala realizó una auténtica modulación en el tiempo de los efectos de la nueva posición jurisprudencial unificada en relación con los procesos que se encontraban, para entonces, en trámite ante la justicia, para concluir que los demandantes que hubieren impetrado la acción de reparación directa con anterioridad a la fecha de emisión de ese fallo *“deben continuar con el trámite iniciado hasta su culminación, conforme a las tesis jurisprudenciales correspondientes. Por lo tanto la presente sentencia ha de ser criterio jurisprudencial a partir de su ejecutoria”*.

4.25.- Nótese cómo con este pronunciamiento se toma conciencia que los cambios jurisprudenciales introducidos no tienen la entidad suficiente como para hacer desaparecer *ipso iure* los efectos jurídicos de la jurisprudencia superada, pues ante el cambio jurisprudencial drástico acogido (que excluía a la acción de reparación como medio idóneo para obtener el pago de las cesantías o la sanción moratoria y llevaría a dictaminar fallos inhibitorios por indebida escogencia de la acción) la Sala, en salvaguarda de la seguridad jurídica y el acceso a la administración de justicia, garantizó el derecho de quienes, movidos por uno de los criterios jurisprudenciales preexistentes, formularon sus demandas ante la jurisdicción bajo el mecanismo procesal de la acción de reparación directa a fin de evitarles perjuicios en sus derechos.

4.26.- *Criterio de la Corte Constitucional.* En cumplimiento de su función constitucional de instancia revisora de las acciones de tutela la Corte Constitucional dictó la Sentencia T-416 de 2016⁶³ en un asunto en el cual se censuraba como violatorio de derechos fundamentales un fallo del 14 de noviembre de 2013⁶⁴ dictado por la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado caso relativo a la naturaleza del acto (si se consideraba de trámite/preparatorio o definitivo) que ordena la suspensión del cargo de un funcionario público dictado por un Contralor en el marco de procedimientos fiscales, penales y disciplinarios y la posibilidad de que el mismo fuera susceptible de escrutinio judicial ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

4.27.- La Corte en el citado fallo resolvió tutelar los derechos al advertir que la decisión atacada fue dictada sin adecuada motivación (por cuanto no abordó uno de los puntos planteados en la apelación por la parte accionante que, precisamente, refería a que se

⁶² Un acápite titulado “Efectos de la presente sentencia”, sin numeración.

⁶³ Corte Constitucional. Sentencia T-416 de 2016. Referencia Expediente T-5281006 de la Sala Sexta de Revisión de la Corte. En Auto A049 de 15 de febrero 2017 la Corte desestimó una solicitud de nulidad de este fallo a petición de la Contraloría General de Bogotá.

⁶⁴ Que revocó el fallo de primera instancia y se inhibió para fallar en razón a que los actos demandados son preparatorios y, por ende, no son susceptibles de control de legalidad.



aplicara el precedente judicial vigente al momento de interposición de la demanda) y con desconocimiento del precedente. Apoyó esa decisión el Tribunal Constitucional en el hecho de que el fallo controvertido omitió abordar el cargo planteado en la apelación sin haber considerado que para la época en que se incoó (abril de 2006) y admitió (octubre de 2006) la acción la tesis jurisprudencial vigente admitía el control judicial de los prenotados actos de suspensión de funcionarios⁶⁵, ciñéndose el fallo a decretar la inhibición para decidir el fondo del asunto, lo que fue reprochado por el fallo en razón a que este tipo de decisiones (inhibitorias) son excepcionales y deben contener un grado de argumentación que revele que el juez no contaba con otra alternativa para decidir el asunto, lo que no se satisfizo en esta causa.

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

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

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

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

⁶⁵ Según la reseña jurisprudencial consignada en el acápite 5 intitulado “Evolución jurisprudencial desarrollada por el Consejo de Estado sobre la naturaleza y control de los actos de suspensión expedidos por el Contralor” de la Sentencia de la Corte Constitucional el criterio vigente para la época de proposición de la demanda se encontraba en el fallo de 13 de julio de 2000 Exp. 78-2000 de la Sección Segunda, precedente que expresamente fue sustituido en la Sentencia de 2 de octubre de 2008 Exp. 2000-06992 de la Subsección B de la Sección Segunda, esto es, poco más de dos años después de haber sido introducido la causa por la parte demandante del sub lite.



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

4.31.- *Criterio de la Sección Tercera del Consejo de Estado. Sala Plena y Subsecciones.*

La Sala Plena de la Sección Tercera en fallo de 4 de mayo de 2011⁶⁶ dio continuidad al precedente sentado por la Sala Plena Contenciosa en el fallo que se viene de citar en un caso relativo a la interposición de una acción de reparación directa radicada el 13 de noviembre de 1998 con la que pretendían los interesados la declaratoria de responsabilidad y la reparación de perjuicios en razón a los daños causados por el no pago oportuno de unas cesantías previamente reconocidas por el Departamento del Cauca.

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

“En definitiva, el acceso efectivo a la justicia no puede asegurarse sobre la base de criterios inciertos acerca de la manera como se pueden hacer valer las pretensiones. De ahí que si la jurisprudencia de un órgano de cierre, en un momento determinado señaló un derrotero y este es seguido por el usuario de la administración de justicia en materia de la acción pertinente para demandar, no puede luego sorprenderse a éste último como (sic) abruptos cambios jurisprudenciales, que en últimas comprometan el núcleo esencial de su derecho fundamental de libre acceso a la jurisdicción”⁶⁷ (Resaltado propio).

4.33.- 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

⁶⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Pleno de Sección Tercera. Sentencia de 4 de mayo de 2011, Exp. 19957.

⁶⁷ Ibíd.



seguida por las Subsecciones de la Sección en casos similares al glosado⁶⁸.

4.34.- *Criterio de la Sección Quinta del Consejo de Estado.* Finalmente sobre esta temática es menester dejar registro del fallo dictado el 7 de junio de 2016⁶⁹ por la mencionada Sección en el marco de un medio de control de nulidad electoral en la cual, al margen de las cuestiones de fondo allí abordadas, la Sala unificó jurisprudencia sobre “(i) la definición del extremo temporal inicial de la incompatibilidad prevista, para alcaldes y gobernadores, en los artículos 31.7 y 32.7 y 39 de la Ley 617 de 2000, (ii) el alcance de la aplicación de los principios *pro homine* y *pro electoratem* en materia electoral y (iii) los efectos de la declaratoria de nulidades electorales por vicios subjetivos” y advirtió a la comunidad en general que las consideraciones expuestas en la providencia atinentes a esos tópicos constituyen precedente “y tendrán aplicación hacia futuro”.

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

4.36.- *Conclusión.* Todo lo que se viene de exponer reafirma de manera clara y coherente una línea de pensamiento que puede ser resumida en las siguientes ideas: (i) Es deber del Juez y la Administración, al momento de identificar y construir la norma de conducta y de juicio, aplicar los criterios jurisprudenciales vigentes para la fecha de los hechos que fundan la controversia, pues éstos hacen parte del marco de legalidad histórica a ser observado, (ii) Es criterio general, no limitado a expresos y singulares casos puntuales, que todo cambio de precedente jurisprudencial, referido a competencias estatales, derechos o mecanismos de protección, debe ser adoptado e interpretado con efecto prospectivo o a futuro, (iii) Siempre que se alegue por uno de los sujetos procesales una situación de tránsito jurisprudencial, ello debe ser considerado expresamente por tales autoridades a los fines de verificar tal situación y determinar cuál era el criterio jurídico fijado para entonces, sin perjuicio del deber oficioso de la autoridad de aplicar el derecho vigente, (iv) la misma naturaleza de lo que se viene de decir impone precisar que esa protección a la confianza legítima sólo se puede atribuir a la existencia de un criterio

⁶⁸ Cfr., Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Subsección B. Sentencia de 22 de noviembre de 2012, Exp. 24872, Sentencia de 31 de mayo de 2016, Exp. 38166. De la Subsección C véase Sentencia de 31 de agosto de 2011, Exp. 19895, Sentencia de 7 de junio de 2012, Exp. 22678, Sentencia de 12 de agosto de 2013, Exp. 27176, Sentencia de 12 de mayo de 2014, Exp. 28496; Sentencia de 10 de septiembre de 2014, Exp. 29016.

⁶⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta, Sentencia de 7 de junio de 2016, Exp. 11001-03-28-000-2015-00051-00



jurídico bien formado en la jurisprudencia, ora por su reiteración o por estar fundado en una decisión de unificación de jurisprudencia del Consejo de Estado⁷⁰, de ahí que no se pueda predicar esa misma certeza cuando se advierten tesis imprecisas o contradictorias en la Corporación⁷¹ y (v) la retroactividad del precedente viola la cláusula de Estado de Derecho y el deber general del Estado de respeto a las garantías judiciales, debido proceso, libertad e igualdad y, por contera, a la confianza legítima creada de manera objetiva por las autoridades estatales en el desarrollo de sus actos.

5.- Caso Concreto

5.1.- Cuanto se viene de exponer resulta atinente al litigio que ocupa la atención de la Sala merced a que en el *sub judice*, la solicitud de la nulidad de las decisiones⁷² que decretaron la caducidad del contrato estatal se fundamenta de manera determinante en un criterio jurídico de fuente jurisprudencial, adoptado con posterioridad a los hechos que informan la causa y que, por contera, no se encontraba dentro del marco del *derecho vigente* para cuando tales providencias administrativas fueron dictadas por la Autoridad demandada; como se sustenta seguidamente.

5.2.- *Hechos relevantes*. Consta en el expediente que el 23 de octubre de 2006 el Instituto Nacional de Vías – Invías y el Consorcio Cava⁷³ celebraron el Contrato No. 1957 de 2006 cuyo objeto consistía en el mejoramiento y mantenimiento de la carretera Río Ermitaño – La Lizama – San Alberto, Rutas 4511 y 4513 con un plazo de ejecución inicial de nueve (9) meses⁷⁴; está probado que las partes suscribieron un Adicional Número Uno (1) el 27 de agosto de 2007 por medio del cual prorrogaron el plazo de ejecución del anterior contrato en tres (3) meses hasta el 30 de noviembre de 2007⁷⁵ y seguidamente advino un Adicional Número Dos (2) de 29 de noviembre del mismo año donde las partes

⁷⁰ Ley 1437 de 2011. Artículo 270. Sentencias de unificación jurisprudencial. Para los efectos de este Código se tendrán como sentencias de unificación jurisprudencial las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009.

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

⁷² Resoluciones No. 03069 de 20 de junio de 2008 y No. 06609 del 27 de noviembre de 2008 dictadas por el Subdirector de la Red Nacional de Carreteras Instituto Nacional de Vías.

⁷³ Integrado por Darío Vargas Sanz Álvarez – Vargas Ingeniería Ltda – Carlos René Santamaría Rodríguez y Sánchez Construcciones Ltda.

⁷⁴ Fls 6-15, c1 Exp. 2010-00322.

⁷⁵ Fls 16-20, Exp. 2010-00322.



prorrogaron el plazo de ejecución en un mes hasta el 30 de diciembre de 2007⁷⁶. De otro tanto, el 9 de enero de 2008 las partes celebraron Acta No. 14 de terminación del contrato⁷⁷ y el 14 de febrero de 2008 Acta No. 15 de recibo final del contrato de obra⁷⁸.

5.3.- En Resolución No. 03069 de 20 de junio de 2008⁷⁹ el Instituto Nacional de Vías declaró la caducidad del contrato No. 1957 de 2006 celebrado con el Consorcio Cava. Luego de hacer un recuento del iter contractual, del recibo final de las obras y los descargos presentados por el Consorcio Cava, el Invías refirió a la competencia temporal para declarar la caducidad del contrato en los siguientes términos:

“Sobre la competencia temporal de que gozan las entidades del estado para sancionar al contratista incumplido, en reiterada jurisprudencia, el Consejo de Estado al referirse a las Potestades Excepcionales – Término para su ejercicio en la actividad contractual / Incumplimiento del contrato – Plazo para declararlo / Incumplimiento del Contrato – Cobro de la cláusula penal pecuniaria, ha afirmado que: “En vigencia de la Ley 80 de 1993, la Sala refiriéndose a la competencia temporal de la Administración con respecto al ejercicio de sus poderes exorbitantes y concretamente los sancionatorios, en la sentencia del 13 de septiembre de 1999, expediente No. 10.264, precisó hasta cuando puede la administración hacer uso de dichos poderes, de la cual se resaltan los siguientes apartes: La Sala retoma y reitera la doctrina sentada en la sentencia de enero 29 de 1988, Exp. 3615, en cuanto rectificó la tesis anterior sobre el término para el ejercicio de las potestades excepcionales en la actividad contractual y sostuvo que la administración podrá declarar el incumplimiento (o la caducidad) después del vencimiento del plazo contractual de ejecución y antes de la liquidación o dentro del acto liquidatorio del mismo, pero no después de la expedición de éste”. La Sala precisa que la evaluación sobre el cumplimiento del contratista, la aplicación de los correctivos que la administración considere necesarios y las sanciones impuestas, son válidas si se efectúan durante el plazo para el cumplimiento del objeto del contrato y la liquidación del mismo””

5.4.- Seguidamente, anotó que el contratista no dio cumplimiento al programa de obra, que el valor de la obra dejada de ejecutar lo fue de \$1.767.164.304 correspondiente a un 30% dejado de ejecutar y calificó ello como un incumplimiento general que afectó de manera grave y directa la ejecución del contrato y produjo su paralización, no sin antes sostener que la obra inconclusa tuvo como causa exclusiva la sustracción del contratista del cumplimiento de sus obligaciones contractuales. En consecuencia, declaró la caducidad del contrato, ordenó su liquidación e impuso al Consorcio, a título de cláusula penal, la suma de \$581.812.542 correspondiente al 10% del valor del contrato.

5.5.- Contra la anterior resolución el Consorcio promovió recurso de reposición que fue

⁷⁶ Fl 21, c1 Exp. 2010-00322.

⁷⁷ Fls 22-28, c1 Exp. 2010-00322.

⁷⁸ Fls 29-37, c1 Exp. 2010-00322.

⁷⁹ Fls 44-68, c1 Exp. 2010-00322.



desatado con la expedición de la Resolución No. 06609 de 27 de noviembre de 2008⁸⁰ donde, entre otros tópicos, refirió a la competencia temporal que le asiste al Invías para lo cual citó unos apartes de un fallo, no identificado, atinente a la materia. En los demás aspectos el Invías se pronunció expresamente despachado desfavorablemente las alegaciones planteadas en el recurso.

5.6.- En consecuencia, es un hecho no controvertido en esta causa que las decisiones administrativas que decretaron la caducidad fueron expedidas con posterioridad al plazo de ejecución del contrato, pues éste feneció el 30 de diciembre de 2007, al tiempo que la primera de las decisiones se dictó el 20 de junio de 2008; no obstante, como se explicará adelante, tales decisiones fueron dictadas dentro del término del tiempo de vigencia del contrato.

5.7.- *Criterio jurisprudencial vigente.* Precisado lo anterior, que constituye la base fáctica relevante del caso, se advierte que para cuando se expidieron los antecitados actos administrativos era *precedente* reiterado de esta Corporación la regla según la cual *la oportunidad para decretar la caducidad del contrato estatal comprendía el plazo de ejecución y el plazo de vigencia del mismo, esto es, hasta cuando ocurriera la liquidación del contrato o feneciera el término previsto para tal fin.*

5.8.- En efecto, el criterio jurisprudencial que se comenta fue acogido de manera expresa por la Sección Tercera de la Corporación desde el fallo dictado el 13 de septiembre de 1999 en el Expediente 10264⁸¹ y fue reiterado en providencias de 9 de marzo de 2000⁸² y 15 de marzo de 2001⁸³, de la misma Sección; inclusive, la Sala de Consulta y Servicio Civil emitió el Concepto de 14 de diciembre de 2000 donde reiteró la línea de pensamiento de esta Sección.

5.9.- A mayor abundamiento sobre la vigencia de esa tesis jurisprudencial, se cuenta con que la sentencia de 20 de noviembre de 2008 recaída dentro del Expediente 17031⁸⁴ y donde se varió esa postura expresamente la reconoce como la tesis dominante, hasta entonces. Para el efecto se presentan a continuación los hechos relevantes de cada caso y las consideraciones atinentes a la materia:

⁸⁰ Fls 69-104, c1 Exp. 2010-00322.

⁸¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Sentencia de 13 de septiembre de 1999. Exp. 10264.

⁸² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Sentencia de 9 de marzo de 2000, Exp. 10540.

⁸³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Sentencia de 15 de marzo de 2001, Exp. 13352.

⁸⁴ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 14 de diciembre de 2000. Exp. 1293.



Identificación	Hechos ⁸⁵	Consideraciones	Ratio decidendi
Sección Tercera. Sentencia de 13 de septiembre de 1999. Exp. 10264.	La CAR declaró la caducidad de un contrato 2 meses y 24 días después de la entrega de las obras contratadas cuando el negocio se encontraba en etapa de liquidación.	Es verdad que vencido el plazo del contrato éste se coloca en la etapa de liquidación, pero no resulta razonable sostener que en esta fase la administración no pueda hacer uso de sus potestades sancionatorias frente al contratista, puesto que vencido el plazo del contrato es cuando la administración puede exigir y evaluar su cumplimiento y de manera especial definir si éste es satisfactorio; es cuando puede apreciar la magnitud de los atrasos en que incurrió el contratista. (...) En conclusión, cuando el contratista de la administración no cumple dentro del plazo establecido en el contrato, es precisamente el vencimiento del plazo el que pone en evidencia su incumplimiento y es este el momento en el que la administración debe calificar la responsabilidad que le incumbe al contratista, de manera que si lo fue por motivos únicamente imputables a él que no encuentran justificación, debe sancionar su incumplimiento. (...) La Sala precisa que la evaluación sobre el cumplimiento del contratista, la aplicación de los correctivos que la administración considere necesarios y las sanciones impuestas, son válidas si se efectúan durante el plazo para el cumplimiento del objeto del contrato y la liquidación del mismo. Practicada la liquidación del contrato o vencido el plazo para hacerlo por mutuo acuerdo o unilateralmente por la administración a falta de aquél dentro de los dos (2) meses siguientes que hoy establece la ley (art. 136 numeral 10 lit.d.) c.c.a.), la administración queda despojada de sus potestades sancionatorias y cualquier incumplimiento que se le impute al contratista debe ser constatado por el juez. Consideración del caso concreto. La CAR declaró la caducidad del contrato mediante la resolución No. 1727 del 29 de junio de 1984. El plazo para la ejecución del contrato según la adición suscrita el 29 de febrero de ese mismo año, se extendió hasta el 2 de abril de 1984. No se discute que el plazo para la entrega de los estudios por parte del consultor vencía en esa fecha y que éste cumplió con la entrega oportunamente; sin embargo, el plazo para atender las observaciones que formulara la CAR se extendía hasta el 2 de junio (y es entendible que sea el día hábil siguiente si éste no fue día de despacho), fecha en la cual el contratista también cumplió contestando las observaciones y correcciones que se hicieron a los trabajos ejecutados. Pero como el contrato podía liquidarse hasta el 2 de julio y aún no se había liquidado, la administración estaba legalmente autorizada para	La caducidad del contrato estatal puede declararse, inclusive, luego de vencido el término de ejecución y hasta antes de la liquidación del mismo.

⁸⁵ La Sala referirá en este punto únicamente los hechos relevantes en cuanto a la declaratoria de caducidad del contrato y no a otras de las cuestiones litigiosas abordadas en los fallos.



		declarar la caducidad del contrato en la oportunidad que lo hizo ante los faltantes e inconsistencias que encontró posteriormente a la entrega. Por lo anterior, el cargo de extemporaneidad alegado por la parte actora no es de recibo para deducir la ilegalidad de dicho acto administrativo y es errónea su apreciación de que la liquidación del contrato es tarea sólo de la administración y que no hace parte del plazo del mismo.	
Sección Tercera. Sentencia de 9 de marzo de 2000. Exp. 10540.	El IDU declaró el incumplimiento del contrato e impuso una sanción al contratista dos meses después de vencido el contrato.	El fallo reitera las consideraciones expuestas en la sentencia de 13 de septiembre de 1999, Exp. 10264 sobre la competencia temporal de la administración para ejercer los poderes exorbitantes y sancionatorios. En el caso concreto señala: <i>“Siguiendo las anteriores orientaciones, el primer cargo de nulidad que se imputa al acto administrativo demandado, no tiene vocación de prosperidad, si se tiene en cuenta que pese a que el contrato objeto de la presente litis venció el 20 de enero de 1989 y la administración declaró el incumplimiento el 27 de marzo siguiente, para esa fecha no lo había liquidado y todavía estaban las partes discutiendo el porcentaje del incumplimiento, razón por la cual la administración sí estaba facultada para declarar el incumplimiento del contrato y hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria.”</i>	El incumplimiento e imposición de multas a contratista puede declararse, inclusive, luego de vencido el término de ejecución y hasta antes de la liquidación del mismo.
Sección Tercera. Sentencia de 15 de marzo de 2001. Exp. 13352.	El Instituto Distrital de Cultura y Turismo de Bogotá declaró la caducidad del contrato de arrendamiento una vez vencido el término.	“El demandante fundó su pretensión de nulidad en que la administración carecía de competencia para proferir el acto mediante el cual declaró la caducidad del contrato de arrendamiento, toda vez que a la fecha en que se expidió, el contrato había terminado por vencimiento de plazo. Conforme a lo que se explicó en acápites anteriores la Sala concluye que el acto por medio del cual la administración declaró la caducidad del contrato de arrendamiento que había suscrito con la Asociación demandante, no presenta el vicio de incompetencia temporal que adujo la parte actora. (...) No es de recibo el argumento del demandante en el sentido de que la administración había perdido competencia para declarar la caducidad del contrato, por cuanto el término del mismo se hallaba vencido, puesto que como quedó explicado, el vencimiento del plazo contractual en el contrato de arrendamiento, no equivale a la extinción de las obligaciones derivadas del contrato y el incumplimiento del contratista habilita a la administración para que declare su caducidad, en particular, cuando esta medida resulta indispensable, como lo afirmó el Tribunal, para salvaguardar los intereses públicos.”	La caducidad del contrato estatal puede declararse, inclusive, luego de vencido el término de ejecución y hasta antes de la liquidación del mismo.
Sala de consulta y Servicio Civil. Concepto de 14 de diciembre de 2000. Radicado	El Ministerio del Interior preguntó a la Sala, entre otros interrogantes, cuáles son los límites que tiene la administración	La Sala respondió a ese interrogante en los siguientes términos: “Los límites temporales que tiene la Administración para la aplicación de las cláusulas excepcionales en los contratos estatales, son los establecidos por la ley. En particular previstos para hacerlas efectivas durante su vigencia a fin de garantizar la oportuna y continua prestación del servicio o ejecución de la	La caducidad del contrato estatal puede declararse, inclusive, luego de vencido el término de ejecución y hasta antes de la



1293	dentro de la actividad contractual en la aplicación de las cláusulas excepcionales.	obra, tales como los casos de interpretación, modificación y terminación unilaterales del contrato. La caducidad y las cláusulas pactadas en las respectivas estipulaciones del contrato, en materia sancionatoria como las multas, operan durante su vigencia y aún en el momento de la liquidación pactado en él, donde aparezca evidente el incumplimiento total o parcial.”	liquidación del mismo.
------	---	---	------------------------

5.10.- Y, como se dijo, en la Sentencia dictada el 20 de noviembre de 2008 Exp. 17031 la Sección Tercera, que no existía para cuando se dictaron los actos, reconoció como precedente judicial el expuesto en las sentencias anteriores, así: *“Las últimas posturas jurisprudenciales, han abordado el problema jurídico de la competencia temporal de las medidas sancionatorias desde la perspectiva de dos plazos definidos en el contrato: el plazo para ejecutar el contrato y el plazo para liquidarlo, lo que condujo a colegir que el contrato no se ha extinguido mientras subsistan obligaciones pendientes de cumplir y que expirado el plazo de ejecución la Administración puede exigir y evaluar su cumplimiento, definir si fue o no satisfactorio e imponer las sanciones previstas en la ley y en el contrato aún durante la etapa de la liquidación.”*

5.11.- Aunado a lo anterior, dígase que ese fallo de 20 de noviembre de 2008, que no había surgido a la vida jurídica para entonces, varió la jurisprudencia sobre la materia para sostener, en adelante, que la competencia temporal para decretar la caducidad del contrato estatal se circunscribe al término de ejecución del contrato estatal, de suerte que estará viciado de nulidad, por falta de competencia temporal, si esa decisión se dicta cuando tal plazo a vencido y el negocio se encuentra en etapa de liquidación. Así lo sostuvo el fallo:

“De acuerdo con lo expuesto, la Sala recoge su jurisprudencia inmediatamente anterior sobre la materia, para precisar lo siguiente:

a) El Legislador pretendió con la institución de la caducidad -tanto en la Ley 80 de 1993 y antes con el Decreto – ley 222 de 1983 art. 62 letras a) a la f)- la remoción del contratista incumplido, con el fin de evitar que se interrumpa o paralice la prestación de los servicios y funciones a cargo de las entidades contratantes, y asegurar su continuidad, mediante la correcta ejecución del objeto contractual por la misma entidad o por un tercero en reemplazo del contratista incumplido.

b) Por el anterior motivo, ***la oportunidad de la medida está íntimamente relacionada con el plazo de ejecución del contrato y, por tanto, una vez culminado éste, no es viable caducarlo para el propósito previsto en la ley, y con independencia de que no se haya extinguido el contrato en virtud de su liquidación***; en efecto, se destaca que:

(...) i.) La caducidad es una atribución para afrontar el incumplimiento del contrato, de manera que su ejercicio es jurídicamente viable dentro del término convencional de ejecución de las obligaciones, vencido el cual no es posible satisfacer la concurrencia de sus requisitos legales materiales; por ende, fenecido el plazo de ejecución la finalidad de la potestad se pierde y con ella la facultad para imponerla; y

ii.) La etapa y el plazo de liquidación del contrato no están consagrados para ejercer esta potestad exorbitante, pues la ley no señaló que pudiera aplicarse durante ésta, sino dentro



de la etapa y plazo fijado en el contrato para su ejecución; y, además, se reitera, no se trata de solucionar un problema exclusivamente económico o sancionatorio.

c) Declarar la caducidad del contrato con posterioridad al fenecimiento del plazo de ejecución y en la etapa o plazo que se tiene para liquidarlo, sería reconocerle a este instituto un carácter meramente sancionatorio e indemnizatorio, dejando a un lado que con él se persigue la continuidad en la prestación de los servicios y funciones a cargo de las entidades, en los eventos en que se presente un incumplimiento del contratista que afecte grave y directamente el contrato y amenace con su paralización.

f) En definitiva, la declaratoria de caducidad del contrato por parte de la Administración sólo procede por los motivos y con los requisitos señalados en la ley, durante el plazo pactado para la ejecución y cumplimiento oportuno de las obligaciones del mismo -que incluye tanto el plazo original como los adicionales-, y no cuando éste hubiese expirado, so pena de que el acto quede afectado con un vicio de nulidad, por incompetencia.” (Resaltado propio).

5.12.- Es de rigor advertir que aun cuando la citada decisión data del 20 de noviembre de 2008 esta se notificó por edicto entre el 14 y el 18 de mayo de 2009, como lo refleja la respectiva anotación sentada en el registro público de actuaciones⁸⁶⁻⁸⁷, cobrando sentido

⁸⁶ Revisado el registro público de consulta de procesos dispuesto por la Rama Judicial – Consejo de Estado en el enlace web: www.consejodeestado.gov.co y digitado el radicado único del expediente 05001-23-26-000-1992-01369-01 arroja la siguiente información:

www.consejodeestado.gov.co/actuaciones.asp?mindice=05001232600019920136901

Aplicaciones Bookmarks Google Consulta de Jurisprudencia

CONSULTA ACTUACIONES PROCESALES PARA UN PROCESO/CONCEPTO/CONFLICTO

NUEVO BUSCADOR DE JURISPRUDENCIA EN DESARROLLO DE LA LEY DE TRANSPARENCIA

POR FAVOR VERIFICAR LOS DATOS CON LA RESPECTIVA SECRETARIA

CODIGO PROCESO/CONCEPTO/CONFLICTO :	05001232600019920136901
FALLO	Ver Documento
ACLARACION DE VOTO DR. MAURICIO FAJARDO GOMEZ	Ver Documento

PONENTE	DEMANDADO	DEMANDANTE/PETICIONARIO	CLASE
RUTH STELLA CORREA PALACIO	MUNICIPIO DE SABANETA	EMPRESA COLOMBIANA DE INGENIERIA LTDA.	ACCION CONTRACTUAL

CONTENIDO RADICACION

APELACION SENTENCIA PROFERIDA POR EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA, DE FECHA 26 DE ABRIL DE 1999.

ACTUACIONES DEL PROCESO/CONCEPTO/CONFLICTO

FECHA	ACTUACION	ANOTACION	INICIO TERMINO	FIN TERMINO	REGISTRO
22/05/2009	DEVOLUCION AL TRIBUNAL DE ORIGEN	Fecha Salida:22/05/2009,Oficio:09-0598-D Enviado a: - 000 - SCA SECCION TERCERA - TRIBUNAL ADMINISTRATIVO - MEDELLIN (ANTIOQUIA)			22/05/2009
14/05/2009	POR EDCITO	NOTIFICADA PROVIDENCIA DEL 20/11/2008 - C	14/05/2009	18/05/2009	14/05/2009

⁸⁷ Esta información se enmarca dentro del concepto de información pública o de interés público, en los términos amplios y convencionales reconocidos por esta Corporación:

“9.3.- Conforme a este marco conceptual, se tiene averiguado que el derecho de acceso a información pública o de interés público es aquél derecho en virtud del cual toda persona, sin necesidad de acreditar calidad, interés o condición particular⁸⁷, cuenta con la posibilidad de conocer la existencia de información pública, acceder a la misma y difundirla o publicarla, según sus intereses⁸⁷.

9.4.- No cabe duda que la definición que se dé de información pública debe ser lo más amplia posible⁸⁷, a fin de cobijar la que se considera relevante o de interés de la sociedad general, pues esta pertenece al dominio público y no puede ser asumida por el Estado o cualquiera otro individuo como de su propiedad exclusiva y particular⁸⁷. Se entiende por aquella la información (i) que está en custodia, administración o tenencia del Estado, incluyendo la que éste produce o debe producir y la que capta o está obligado a recolectar en sus funciones y (ii) la información que está en poder de quienes administran servicios⁸⁷ y fondos públicos⁸⁷⁻⁸⁷, únicamente respecto de esos servicios o fondos. En cuanto se refiere al ‘Estado’, esa noción cobija toda autoridad pública perteneciente a cualquiera de los poderes públicos incluyendo los organismos autónomos creados por la Constitución o las Entidades



aquí la regla según la cual *“Salvo los casos expresamente exceptuados, ninguna providencia producirá efectos antes de haberse notificado”*⁸⁸ para afirmar que si desencadena efectos *inter partes* a partir de tal fecha, con mayor razón a los terceros vía precedente jurisprudencial.

5.13.- *Las conclusiones del caso concreto.* Se tiene bien entendido que el enjuiciamiento de los actos que dicta la Administración se hace desde el marco jurídico vigente a la época de la expedición de los mismos; por consiguiente, la construcción de ese parámetro normativo de juzgamiento comprende necesariamente las interpretaciones que la jurisprudencia ha realizado de los diversos materiales jurídicos a partir de los cuales el oficio judicial ha clarificado y fijado el sentido interpretativo de los mismos.

5.14.- Ergo, la Sala no desconoce que los precedentes jurisprudenciales pueden ser modificados. Sin embargo, cuando quiera que estos cambios jurisprudenciales fijen el sentido de una regla jurídica y en consecuencia se integren a esta, como sucede cuando se señala la temporalidad de una competencia y los operadores jurídicos se han ajustado a ese criterio jurídico sustentado, no podrá exigírsele la subordinación a un nuevo criterio jurisprudencial. Esto se analizará caso por caso.

5.15.- Así, enfilado como se encuentra el asunto, la Sala considera que para la fecha de expedición de las decisiones enjuiciadas (20 de junio de 2008 y 27 de noviembre de 2008) el criterio jurisprudencial vigente de la Sección Tercera del Consejo de Estado avalaba la posibilidad de declarar la caducidad del contrato estatal inclusive en la etapa de liquidación del mismo y como así lo hizo el Instituto Nacional de vías en tales resoluciones, no se configura el alegado vicio de incompetencia temporal; pues, se repite, el fallo de 20 de noviembre de 2008 no existía para cuando se dictaron las decisiones de la Administración, lo que, inclusive, es bien conocido por el Consorcio demandante pues no se pierde de vista que en las variadas intervenciones que ha realizado en este juicio contencioso ha defendido la nulidad de esas decisiones con apoyo en el criterio jurisprudencial *ex post* relatado, inexistente para entonces.

5.16.- Con otras palabras, resulta claro que la razón de esta determinación se apoya, fundamentalmente, en que el fallo invocado como sustento de la alegada nulidad era inexistente para cuando se expidieron las decisiones administrativas objeto de revisión

creadas por disposiciones legales o infralegales.” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección C. Auto de 14 de agosto de 2017, Exp. 58820.

⁸⁸ Código de Procedimiento Civil. Artículo 313 inc. 2° reiterado en el Código General del Proceso. Artículo 289 inc. 2°.



judicial, de ahí que el criterio jurídico acogido en dicha sentencia de 20 de noviembre de 2008 no pueda ser traído como sustento del alegado vicio de legalidad.

5.17.- En conclusión, como el único cargo de anulación planteado por los actores se ha hecho consistir en la falta de competencia temporal para dictar las Resoluciones No. 03069 de 20 de junio de 2008 y Resolución No. 06609 de 27 de noviembre de 2008 y ello no quedó demostrado en el caso de referencia en tanto que los actos fueron dictados dentro del término de vigencia del contrato y dentro del tiempo que, de ordinario, la jurisprudencia ha reconocido para liquidar el contrato⁸⁹⁻⁹⁰. Por lo expuesto, la Sala revocará en esos puntos respectivos la providencia del Tribunal de primera instancia para, en su lugar, desestimar esos pedimentos anulatorios.

5.18.- *La liquidación judicial del contrato.* Como el único apelante en su alzada discurrió sobre el incumplimiento del contratista y la competencia temporal para la declaratoria de caducidad del contrato, no le asiste atribución a la Sala para pronunciarse sobre tal punto. En consecuencia, la Sala actualizará la liquidación judicial del contrato efectuada por el *a-quo* atendiendo a la fórmula empleada por esta Corporación para tal fin, así:

Renta histórica Rh: \$142.371.184,69

⁸⁹ En efecto, véase Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencias de 16 de agosto de 2001, Exp. 14384; Sentencia de 10 de Noviembre de 2005, Exp. 13748; Sentencia de 20 de febrero de 2008, Exp. 14650. Autos de 13 de julio de 2000, Exp. 12513 y de 23 de enero de 2003, Exp. 21999. En estas dos últimas decisiones la Sala sostuvo:

“Frente a los contratos que requieren de la liquidación, el término para el ejercicio de la acción de contractuales se cuenta, según su caso, a partir:

Del día siguiente a la fecha en que se liquide el contrato. Esta liquidación puede ser bilateral o unilateral. La bilateral podrá hacerse dentro del plazo previsto para tal efecto en el contrato, y en su defecto dentro de los cuatro meses siguientes a su terminación. La unilateral se realizará cuando el acuerdo de liquidación se frustre y/o dentro de los dos meses siguientes al vencimiento del plazo que tienen las partes para liquidarlo; pero en todo caso si la Administración no liquida el contrato dentro de ese término habrá que tener en cuenta dos aspectos:

- Si el contratista **no acude al juez** a solicitar la liquidación judicial, la Administración podrá liquidar hasta el día anterior a que transcurran, según el caso, **veinte años** – para conductas ocurridas antes de entrar a regir el decreto ley 01 de 1984 – **y dos años** – para conductas ocurridas después de entrar a regir el decreto ley 01 de 1984 - contados a partir del incumplimiento de la obligación de liquidar; y
- Si el contratista **acude al juez**, la Administración podrá liquidar unilateralmente hasta el día anterior al que le sea notificado el auto admisorio de la demanda, siempre y cuando no hayan transcurrido antes de la notificación, según el caso – antes o después de la entrada en vigencia del decreto ley 01 de 1984 -, los veinte o los dos años, contados a partir del incumplimiento administrativo de la obligación de liquidar unilateralmente.

La jurisprudencia precisó, **antes de entrar a regir la ley 446 de 1998**, que el término máximo para que la Administración liquide unilateralmente, cuando el contratista no solicitó la liquidación judicial, no podía exceder, **como ya se explicó**, el término de prescripción o de caducidad de la acción, según el caso.”

⁹⁰ En el caso concreto se encuentran los siguientes referentes temporales: (i) 30 de diciembre de 2007, fecha en que terminó, por vencimiento del plazo, el contrato; (ii) 9 de enero de 2008 Acta No. 14 de terminación del contrato; (iii) Acta No. 15 de 14 de febrero de 2008 de recibo final de la obra; (iv) 20 de junio de 2008, se expide la Resolución 03069 que declara la caducidad del contrato y (v) 27 de noviembre de 2007, se expide la Resolución No. 06609 que confirma la declaratoria de caducidad.

Conforme a ese marco histórico, se tiene que la oportunidad para llevar a cabo la liquidación de común acuerdo entre las partes, a falta de previsión contractual, corrió entre el 31 de diciembre de 2007 y el 30 de abril de 2008; el tiempo para proceder a la liquidación unilateral, de dos meses, se presentó entre el 1° de mayo y el 1° de julio de 2008. Vencido este último periodo, el término máximo para llevarla a cabo era de dos (2) años, siempre que el contratista no acudiera a la justicia contencioso administrativa. Como la Resolución que declaró la caducidad data de 20 de junio de 2008 y la que resolvió el recurso de reposición es de 27 de noviembre del mismo año, resulta claro que esas decisiones se dictaron en término, conforme a lo expuesto.



Índice inicial: 60,08 (Julio de 2015⁹¹)

Índice final: 122,31 (Julio de 2017).

Renta actualizada (Ra): Rh (142.371.184,69) * $\frac{137,80 \text{ (Índice final – Julio de 2017)}}{122,31 \text{ (Índice inicial – Julio de 2015)}}$

Ra: \$160.401.841,63

5.19.- En este orden de ideas el monto actualizado de la liquidación judicial del contrato asciende a ciento sesenta millones cuatrocientos un mil pesos ochocientos cuarenta y un pesos con sesenta y tres centavos (\$160.401.841,63).

6. Costas. Finalmente, toda vez que para el momento en que se profiere este fallo, el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente y, en el *sub lite*, ninguna procedió de esa forma, no habrá lugar a imponerlas.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR los numerales Cuarto y Quinto de la parte resolutive de la sentencia de 16 de julio de 2015 dictada por el Tribunal Administrativo de Santander.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral Tercero de la parte resolutive de la sentencia de la referencia, que quedará así:

TERCERO: CONDENAR, en consecuencia, al Instituto Nacional de Vías a pagar a favor del Consorcio Cava la suma de ciento sesenta millones cuatrocientos un mil pesos ochocientos cuarenta y un pesos con sesenta y tres centavos (\$160.401.841,63).

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia en el resto de sus partes.

CUARTO: ABSTENERSE de condenar en costas.

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

⁹¹ Fecha del fallo de primera instancia.



Carlos René Santamaría Rodríguez y Otros c/ Instituto Nacional de Vías – Invías
Expediente 68001-23-31-000-2009-00295-01 (57279) (Acumulado con 2010-00322)
Controversias Contractuales

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS
Magistrado

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Magistrado
Aclaración de Voto

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Presidente Sala Subsección C