



Modulación de los efectos temporales de las providencias de unificación del Consejo de Estado en Colombia.¹

Karen Viviana Armenta Maestre

Abogada, especialista en derechos humanos de la Escuela Superior de Administración Pública (ESAP). Abogada asesora, grado 23, en el Tribunal Administrativo de Antioquia.
E-mail: megatrom2009@gmail.com.

¹ Artículo de revista fruto del trabajo personal de la autora.

Resumen.

Al revisar la evolución del concepto de precedente judicial en Colombia, pese a que el sistema de derecho colombiano se sitúa en uno de derecho continental, se observa que desde antes de la expedición de la Carta Política de 1991, venía tejiéndose la tesis de que la jurisprudencia no era un simple criterio auxiliar a la hora de administrar justicia, sino que constituía una fuente formal del derecho, tesis que se consolidó con los pronunciamientos de la Corte Constitucional como suprema guardiana de la Carta. Asimismo, el Alto Tribunal Constitucional también se preocupó por determinar los efectos de sus sentencias y defender la postura de que solo a ella le estaba dado indicar los efectos de sus providencias, las cuales serían por regla general vinculantes hacia futuro, pero que también podían serlo con efectos retroactivos o de inconstitucionalidad diferida.

Esa misma teoría en torno a la modulación de efectos temporales de las sentencias, que ocurre frecuentemente en la Corte Constitucional, es la que se pretende traer al escenario del Consejo de Estado como juez de legalidad cuando unifica su jurisprudencia, sobre todo cuando estas comportan aspectos de orden procesal, en aras de salvaguardar principios como la seguridad jurídica, celeridad y acceso a la Administración de Justicia. Adicionalmente, esa necesidad de modular efectos temporales, puede encontrar justificación también en el hecho de que con la entrada en vigor de la Ley 1437 de 2011 *“Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”*, el Legislador ha provisto de fuerza vinculante a las sentencias de unificación (1 sola) del Consejo de Estado, tanto para las autoridades judiciales como administrativas.

Palabras clave: derecho continental, doctrina constitucional, doctrina probable, fuentes, modulación de efectos, Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, precedente judicial.

Modulación de los efectos temporales de las providencias de unificación del Consejo de Estado en Colombia.

Introducción.

En Colombia, antes e incluso con el advenimiento de la Constitución Política de 1991, el Derecho se estructuró como un sistema de derecho continental², propio de Francia y España, en el que la ley es la principal fuente y la jurisprudencia, solo tiene el carácter de criterio auxiliar de interpretación, pues así quedó redactado el artículo 230 Superior: “*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*”. No obstante, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, cuerpo colegiado que se creó en la Carta Política de 1991, como parte de la Rama Judicial del Poder Público, ha elaborado toda una teoría en torno a la obligatoriedad del precedente judicial, dando a este carácter de fuente formal del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano.

Así las cosas, primero se hará un recuento histórico para establecer cómo ha evolucionado el concepto de precedente judicial en Colombia, por lo que se pondrán de presente los conceptos de: “doctrina legal”, “doctrina constitucional” y “doctrina probable”, incorporados al ordenamiento jurídico antes de la Constitución Política de 1991. Luego, se abordará el estudio de diversos fallos de la Corte Constitucional, para derivar de allí el momento a partir del cual se fortalece la teoría del precedente judicial. Además se explicará el concepto de modulación de efectos temporales de una providencia y cómo ha ocurrido ello en tratándose de un juez de constitucionalidad y en uno de legalidad. Finalmente, se busca establecer hacia dónde avanza el poder vinculante de las providencias de unificación proferidas en el Consejo de Estado, con ocasión de la Ley 1437 de 2011, “*Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*” y por qué se justificaría la modulación de los efectos temporales de estas, siendo el Consejo de Estado un juez de legalidad, máxime si se trata de cambios procesales por vía jurisprudencial.

1. Evolución de la teoría del precedente judicial en Colombia.

1.1. Antes de la expedición de la Constitución de 1991.

Para abordar el asunto objeto de estudio, esto es, la evolución de la teoría del precedente judicial en Colombia, es necesario hacer un breve repaso por el sistema de fuentes que ha imperado en el ordenamiento jurídico colombiano, que se identifica, en principio, con el sistema de derecho continental³, de origen romano, no sin antes exponer lo que según José María Falcón y Tella, se entiende por precedente judicial:

Un «precedente» judicial es un juicio o decisión de un Tribunal de Justicia, citado con autoridad para decidir un caso similar de la misma manera, o bien de acuerdo con el mismo principio o por analogía. En un sistema

² BERNAL PULIDO, Carlos. El Derecho de los derechos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005. p. 149.

³ Al respecto habrá de indicarse que la cultura jurídica occidental civilizada se divide en dos vertientes: por un lado, la de los países de la Europa Continental (Francia, España) y por el otro, los países del sistema del “*common law*”; es decir, de derecho inglés, escocés, irlandés, norteamericano, entre otros, cuya tradición jurídica es de base jurisprudencial.

jurisprudencial como el de la familia romano-germánica la concepción del Derecho es de carácter «cerrado» –son Derechos o sistemas cerrados– , en los que cualquier asunto puede y debe, al menos teóricamente, recibir solución mediante la «interpretación» de una norma jurídica generalmente formulada de antemano por el legislador en términos bastante amplios. Por el contrario, los sistemas anglosajones son ordenamientos «abiertos» e inconclusos, donde se da por supuesta la existencia de numerosas lagunas, en los que la misión de los juristas se centra finalmente en el proceso de descubrimiento y establecimiento de normas particulares, dirigidas a la solución de los casos concretos y aplicables al supuesto específicamente planteado. No sin razón se ha dicho que el jurista continental «define», mientras que el inglés «enumera»⁴.

Asimismo, en la obra precitada, al distinguir entre la influencia de la codificación del derecho legislado en el Continente, frente al carácter eminentemente jurisprudencial del sistema anglosajón, enseña que:

Los países continentales, constituidos en su mayor parte en Estados nacionales durante los siglos XVI y XVII, poseen una estructura básicamente legislativa, siendo la ley, en cuanto norma general emanada del poder estatal, la principal y casi exclusiva fuente del Derecho en la jerarquía normativa de estos sistemas jurídicos. En todos ellos se produce a finales del siglo XVIII y principios del XIX, como fenómeno posterior a la recepción del Derecho romano, la Codificación, factor decisivo para la unificación de los respectivos Derechos nacionales, que se encuentra inspirado fundamentalmente en las ideas procedentes del Iusnaturalismo racionalista y del Enciclopedismo francés –a favor del dogma de la omnipotencia de la ley– y en la Doctrina de las Nacionalidades. Con la técnica codificadora se procedía a ordenar y sistematizar las normas jurídicas de las distintas ramas del Derecho privado en los Códigos –conjuntos orgánicos de normas con una estructura lógica interna, frente a la «recopilación», mero agregado yuxtapuesto de ellas–, dotando al Derecho de estabilidad, unidad, coherencia –ausencia de antinomias– y plenitud –ausencia de lagunas–⁵.

Así las cosas, a partir de las experiencias francesas sobre el Código Civil (codificación), se expiden las constituciones latinoamericanas, entre ellas, la de Colombia de 1886. En este interregno, conocido como la época de “La Regeneración”⁶ se profirieron dos importantes leyes, que corresponden a la 61 de 1886 y 153 de 1887, pero más tarde, a finales del siglo XIX, también se expidió la Ley 169 de 1896, las cuales incorporaron en el ordenamiento jurídico colombiano y su sistema de fuentes, los siguientes términos:

⁴ FALCÓN, José María y Tella. La jurisprudencia en los derechos romano, anglosajón y continental. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 43.

⁵ *Ibíd.*, p. 60.

⁶ “Rafael Wenceslao Núñez Moledo fue el ideólogo del movimiento de la Regeneración, cuyas ideas y acciones se plasmaron en la Constitución Política de 1886, que estuvo, con algunas reformas, vigente hasta 1991”. Presidente de los Estados Unidos de Colombia [en línea] Bogotá: Presidencia de la República de Colombia. <Disponible en: <http://web.presidencia.gov.co/asiescolombia/presidentes/27.htm>>. [Consulta 17 de septiembre de 2012].

Tabla 1. Términos jurídicos.

Ley 61 de 1886 ⁷	Ley 153 de 1887 ⁸	Ley 169 de 1896 ⁹
<p>“doctrina legal”</p> <p>Art. 39. En casos dudosos, los Jueces aplicarán la doctrina legal más probable. Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como Tribunal de Casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina legal más probable.</p>	<p>“doctrinal constitucional”</p> <p>Art. 8°. Cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos ó materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho.</p> <p>Art. 10°. En casos dudosos, los Jueces aplicarán la doctrina legal más probable. Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como Tribunal de Casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina legal más probable.</p>	<p>“doctrinal probable”</p> <p>Art. 4°. Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema como Tribunal de Casación sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los Jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores.</p>

Fuente: construcción de la autora.

En cuanto al concepto de “doctrina legal”, el doctor Diego Eduardo López Medina¹⁰ aborda el tema de la siguiente manera:

“El desarrollo del papel de la jurisprudencia en Colombia acusó a finales del siglo XIX la marcada influencia de estos acontecimientos europeos. Adicionalmente a la expedición del Código Civil de la República, la Regeneración debía establecer la maquinaria de justicia que habría de aplicar dicho derecho. Para tal efecto se expidió la Ley 61 de 1886 en la que se organizó de manera provisional (antes de la adopción de un Código Judicial completo) el poder judicial de la república unitaria.

En el artículo 36 de esta ley se establecía el recurso de casación “con el fin principal de unificar la jurisprudencia”. Esta función adquiriría toda su dimensión en el artículo 37, cuando establecía en la causal primera de casación lo siguiente:

Son causales de nulidad, para el efecto de interponer el recurso de casación, los hechos siguientes: 1. ° Ser la sentencia, en su parte dispositiva, violatoria de la ley sustantiva ó de doctrina legal, ó fundarse en una interpretación errónea de la una ó de la otra.

⁷ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 61. (25, noviembre, 1886). Provisional sobre organización y atribuciones del Poder Judicial y el Ministerio Público y algunos procedimientos especiales. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 1886. no. 6.881.

⁸ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 153. (15, agosto, 1887). Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887. Diarios Oficiales. Bogotá, D.C., 1887. nos. 7.151 y 7.1526.881.

⁹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 169. (31, diciembre, 1896). Sobre reformas judiciales. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 1896. no. 10235.

¹⁰ LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. El derecho de los jueces. Segunda edición. Bogotá: Legis, 2006. págs. 13 y 14.

El artículo 39 se apresuraba a definir el concepto de doctrina legal:

Es doctrina legal la interpretación que la Corte Suprema de Justicia dé a unas mismas leyes en tres decisiones uniformes. También constituyen doctrina legal las declaraciones que haga la misma Corte, en tres decisiones uniformes, para llenar los vacíos que ocurran, es decir, en fuerza de la necesidad de que una cuestión dada no quede sin resolver por no existir leyes apropiadas al caso. La Corte, para interpretar las leyes, tendrá en cuenta lo dispuesto en los artículos 27 a 32 del actual Código civil de la Nación.”

De lo anterior se desprende que la mencionada Ley 61 de 1886 imponía a la Corte Suprema de Justicia la obligación de casar las sentencias que violaran o interpretaran erróneamente la doctrina legal. Sin embargo, más tarde, con la expedición de la Ley 153 de 1887, se estableció como regla de interpretación para todos los jueces en casos dudosos, lo siguiente: “**ARTÍCULO 10.** *En casos dudosos, los Jueces aplicarán la doctrina legal más probable. Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como Tribunal de Casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina legal más probable”*.

No obstante, las críticas a la teoría de la doctrina probable no se hicieron esperar por parte de la Corte Suprema de Justicia¹¹, las cuales surtieron sus efectos en el poder legislativo, que expidió la Ley 169 de 1896, la cual dio paso al sistema “libre de jurisprudencia”. Dentro de las reformas importantes, el artículo 4° subrogó el precitado artículo 10 de la Ley 153 de 1887, vigente hasta el día de hoy, cuyo tenor literal dispone: “**ARTICULO 10.** *Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores”*.

Esta disposición aclaró el panorama pues, por un lado, precisó que la doctrina probable podía ser variada por la propia Corte y, por el otro, ya no imponía a los jueces la utilización de la doctrina probable como soporte de sus sentencias; es decir, pasa a ser una posibilidad y no una exigencia. En consecuencia, pronto se asumió en el ámbito jurídico colombiano que la redacción de la disposición aludida, implicaba un tránsito de un sistema de “doctrina legal probable” a uno “libre de jurisprudencia”, en el que los jueces, podían o no aplicar en sus decisiones la jurisprudencia de la Corte y que esta podía variarla, cuando a bien lo tuviera. Con ello, el derecho colombiano se apegaba nuevamente al sistema continental propio del derecho europeo, más concretamente del francés.

1.2. Con posterioridad a la entrada en vigor de la carta política de 1991.

Con la entrada en vigor de la Carta Política de 1991 se creó como parte de la Rama Jurisdiccional del Poder Público, la Corte Constitucional, a la que se le “...confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución...”¹² y en ejercicio de dicha función, uno

¹¹ La Ley 105 de 1890 no solo redujo a dos el número de sentencias uniformes exigidas para constituir doctrina probable, sino que obligaba a la Corte a indicar en términos claros, precisos y generales lo que de la providencia se consideraba doctrina legal, lo que llevó a dicha Corporación a pensar que una vez expresada la doctrina, se requeriría modificación legal, pues no sería posible hacerlo en sede judicial, lo cual se traducía en un sistema sumamente rígido.

¹² REPÚBLICA DE COLOMBIA. Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de Colombia (artículo 241). Bogotá: Legis, 2008. p. 82.

de los primeros debates que dio luego de su creación, fue precisamente sobre el entendimiento del sistema de fuentes en el ordenamiento jurídico colombiano, que había sido sustancialmente modificado por el artículo 230 Superior, que reza: “*Los jueces, en sus providencias, solo 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*”.

Así por ejemplo, en sentencia C-131 de 1993, la Corte al resolver sobre la demanda de inconstitucionalidad presentada -entre otros- contra el artículo 23¹³ (parcial) del Decreto ley 2067 de 1991, explicó:

“1. ¿Hacen tránsito a cosa juzgada formal y material las sentencias de la Corte Constitucional?”

Para responder a esta pregunta es necesario establecer si cuando una autoridad “reproduce el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo” -art. 243 CP-, viola un criterio obligatorio -art. 230 inciso 1° CP- o un criterio auxiliar -art. 230 inciso 2°-.

En otras palabras, ¿la sentencia de la Corte Constitucional es para un juez fuente obligatoria o es fuente auxiliar?”

Para esta Corporación es muy claro que la respuesta a tal pregunta no es otra que la de considerar que tal sentencia es fuente obligatoria. Así lo dispone el artículo 243 superior precitado e incluso el inciso 1° del artículo 21 del Decreto 2067 de 1991, que dice:

Las sentencias que profiera la Corte Constitucional tendrán el valor de cosa juzgada constitucional y son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares (negritas fuera de texto).

Este texto es idéntico al artículo 243 de la Carta, salvo la parte en negrilla, que es una adición novedosa del Decreto 2067.

[...]

4. ¿Quién determina los efectos obligatorios de una sentencia de la Corte Constitucional?”

Como ya lo ha establecido esta Corporación, sólo la Corte Constitucional, ciñéndose a la preceptiva superior, puede fijar los alcances de sus sentencias.

Se trata pues de un problema de competencia: en rigor la norma acusada no podía regular sin violar la Constitución los efectos de los fallos de esta Corte, sobre cuya determinación la única entidad competente es la Corte Constitucional (C.P. art. 241).

¹³ En esta oportunidad la Corte declaró inexecutable el término “obligatorio” contenido en el aludido artículo 23 del Decreto 2067/91, cuyo texto literal dispone: “*La doctrina Constitucional enunciada en las sentencias de la Corte Constitucional, mientras no sea modificada por ésta, será criterio auxiliar obligatorio para las autoridades y corrige la jurisprudencia. Las modificaciones a la doctrina existente, deberán ser explicadas en la sentencia*”.

Así lo estableció esta Corporación cuando dijo:

*A lo anterior, cabría agregar que la declaración de inexecutable de este inciso, no obsta para que la Corte, **en ejercicio de sus funciones propias**, señale en la sentencia que los efectos de la cosa juzgada se aplican sólo respecto de las disposiciones constitucionales consideradas en la sentencia. Al fin y al cabo, **sólo a la Corte compete determinar el contenido de sus sentencias.***¹⁴

Para mayor abundamiento la Corte ha sostenido en la sentencia precitada que "en síntesis, entre la Constitución y la Corte Constitucional, cuando esta interpreta aquélla, no puede interponerse ni una hoja de papel."

Del aparte jurisprudencial transcrito se colige que las decisiones de la Corte en sede de constitucionalidad no son criterio auxiliar, sino obligatorias y que el efecto de sus sentencias solo lo impone ella como suprema guardiana de la Carta, de conformidad con el artículo 241 Superior.

Pero es a partir de las sentencias de 1995¹⁵, en las que la Corte Constitucional “*adopta un sistema fuerte de precedentes, en contravía aparente del sistema adoptado por la Ley 169 de 1896*”¹⁶ y entabla fuertes discusiones en torno al sistema de fuentes en el ordenamiento jurídico colombiano, previsto en el artículo 230 de la C.P.

Luego, el Congreso de la República expidió la Ley 270 de 1996¹⁷, que en su artículo 48, consagra:

“Las sentencias proferidas en cumplimiento del control constitucional tienen el siguiente efecto:

1. Las de la Corte Constitucional dictadas como resultado del examen de las normas legales, ya sea por vía de acción, de revisión previa o con motivo del ejercicio del control automático de constitucionalidad, sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutive. La parte motiva constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la

¹⁴ REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia N° C-113/93. M.P. Jorge Arango Mejía.

¹⁵ En la sentencia C-083 de 1995, magistrado ponente doctor Carlos Gaviria Díaz, la Corte Constitucional al realizar el estudio de constitucionalidad del artículo 230 (inciso 2) Superior, desarrolló el concepto de “doctrina constitucional” y en ella, en palabras del doctor López Medina “En suma: la Corte Constitucional distingue los conceptos y los efectos jurídicos de la doctrina constitucional integradora, la doctrina constitucional interpretativa y la jurisprudencia. La doctrina constitucional integradora es fuente de derecho obligatoria para todas las autoridades y los particulares. La doctrina constitucional interpretativa y la jurisprudencia son guías auxiliares o subsidiarias que no comprometen el criterio autónomo del operador judicial. No se trata tanto de mandatos normativos como de consejos que el juez experimentado da a todo aquel que los quiera escuchar. La jurisprudencia, así las cosas, es una mera fuente auxiliar de la actividad judicial. Ser fuente auxiliar significa, de nuevo, que las decisiones judiciales son tan sólo guías ilustrativas y optativas de la actividad judicial y que no es posible argumentar un quebranto del sistema de derecho si un juez dado, en un caso concreto analogizable, se niega a seguir otra decisión similar fallada previamente por él mismo, por un superior jerárquico o incluso por la propia Corte Constitucional. Ese valor indicativo de la jurisprudencia está definido en el artículo 4° de la Ley 169 de 1896”. (LÓPEZ MEDINA. Op. cit., p. 43).

Asimismo, en sentencia T-260 de 1995, con ponencia del doctor: doctor José Gregorio Hernández, dicha Corporación también da carácter de precedente constitucional a la sentencias de revisión de tutelas.

¹⁶ LOPEZ MEDINA, Diego Eduardo. Op. Cit. p. 29.

¹⁷ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 270. (7, marzo, 1996). Estatutaria de la Administración de Justicia. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 1996. no. 42.745.

aplicación de las normas de derecho en general. La interpretación que por vía de autoridad hace, el Congreso de la República tiene carácter obligatorio general.

2. Las decisiones judiciales adoptadas en ejercicio de la acción de tutela tienen carácter obligatorio únicamente para las partes. Su motivación sólo constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces.”

Sin embargo, en la sentencia C-037 de 1996, el Tribunal Constitucional declaró inexecutable las expresiones “solo” y “el Congreso de la República”, que traía el precitado artículo 48 de la Ley 270 de 1996, por estimar que:

“La jurisprudencia -como se verá más adelante- ha sido clara en definir que la labor de la Corte Constitucional, encaminada a guardar la supremacía y la integridad de la Carta (Art. 241 C.P.), hace que ella sea la responsable de interpretar con autoridad y de definir los alcances de los preceptos contenidos en la Ley Fundamental. En ese orden de ideas, resulta abiertamente inconstitucional el pretender, como lo hace la norma que se estudia, que sólo el Congreso de la República interpreta por vía de autoridad. Ello es válido, y así lo define el artículo 150-1 de la Carta, únicamente en lo que se relaciona con la ley, pero no en lo que atañe al texto constitucional. Por lo demás, no sobra agregar que la expresión “Sólo la interpretación que por vía de autoridad hace el Congreso de la República tiene carácter obligatorio general”, contradice, en este caso, lo dispuesto en el artículo 158 superior, pues se trata de un asunto que no se relaciona con el tema de la presente ley estatutaria, es decir, con la administración de justicia.

La razones expuestas llevarán a la Corte a declarar la inexecutable de las expresiones “Sólo” y “el Congreso de la República”, bajo el entendido de que, como se ha expuesto, la interpretación que por vía de autoridad hace la Corte Constitucional, tiene carácter obligatorio general.

[...]

De lo dicho, se desprende claramente la executable de la norma que se revisa, excepto, como antes se ha explicado, las expresiones señaladas en la parte final del numeral 1o. En efecto, sólo será de obligatorio cumplimiento, esto es, únicamente hace tránsito a cosa juzgada constitucional, la parte resolutive de las sentencias de la Corte Constitucional. En cuanto a la parte motiva, como lo establece la norma, esta constituye criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general; sólo tendrían fuerza vinculante los conceptos consignados en esta parte que guarden una relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutive; en otras palabras, aquella parte de la argumentación que se considere absolutamente básica, necesaria e indispensable para servir de soporte directo a la parte resolutive de las sentencias y que incida directamente en ella.

Por lo demás, cabe puntualizar que las sentencias judiciales a través de las cuales se deciden acciones de tutela, sólo tienen efectos en relación con las partes que intervienen en el proceso (Decreto 2591/91, art. 36). Sin embargo, la doctrina constitucional que define el contenido y alcance de los derechos constitucionales, sentada por la Corte Constitucional, con ocasión de la revisión de los fallos de tutela, trasciende las situaciones concretas que le sirven de base y se convierte en pauta que unifica y orienta la interpretación de la Constitución. El principio de independencia judicial, tiene que armonizarse con el principio de igualdad en la aplicación del derecho, pues, de lo contrario, se corre el riesgo de incurrir en arbitrariedad. La jurisprudencia de los altos órganos jurisdiccionales, por medio de la unificación doctrinal, persigue la realización del principio de igualdad. Por consiguiente, sin perjuicio de lo observado respecto de la doctrina constitucional, la exequibilidad del segundo numeral del artículo 48, materia de examen, se declarará bajo el entendido de que las sentencias de revisión de la Corte Constitucional, en las que se precise el contenido y alcance de los derechos constitucionales, sirven como criterio auxiliar de la actividad de los jueces, pero si éstos deciden apartarse de la línea jurisprudencial trazada en ellas, deberán justificar de manera suficiente y adecuada el motivo que les lleva a hacerlo, so pena de infringir el principio de igualdad¹⁸. “

Resulta pertinente indicar que si bien con posterioridad a los citados pronunciamientos, se profirieron importantes fallos sobre el tema¹⁹, sin lugar a dudas, la sentencia C-836 de 2001²⁰ constituye un hito, porque -entre otras cosas- dio un tratamiento unificado a toda la jurisprudencia nacional, en el sentido de que el artículo 4^o²¹ de la Ley 169 de 1896 es norma aplicable tanto a la Corte Suprema de Justicia como a las Altas Cortes que para ese entonces no existían (Consejo de Estado y Corte Constitucional) y que en dicha disposición no se avala un sistema libre de jurisprudencia, sino que esta es vinculante, aunque en virtud del principio de la autonomía judicial los jueces pueden apartarse de la línea jurisprudencial trazada, si exponen motivos suficientes y razonables para ello.

De la mencionada providencia C-836 de 2001, se resaltan los argumentos que a continuación se compendian:

- El artículo 230 de la Constitución Nacional debe ser interpretado no en forma exegética, sino que debe armonizarse con los principios constitucionales y mandatos que la misma Carta Política impone, dentro de los cuales se resaltan los principios de razón suficiente, igualdad –ante la ley y en cuanto a la protección y trato por

¹⁸ Cfr. REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sala de Revisión No. 2. Sentencia No. T-123/95. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁹ Cfr. REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencias SU-640/98 y SU-047/99.

²⁰ “La sentencia C-836 de 2001 de la Corte Constitucional, sostiene que el precedente es fuente formal del derecho y analiza las razones por las cuales ello es así dentro del marco de la Constitución de 1991, que introdujo transformaciones sustanciales y orgánicas que llevan ineludiblemente a esta conclusión y que complementan las consideraciones en las que se fundó la Corte para hacerlo...” (OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. Fuentes del Derecho. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2010. p. 195).

²¹ “Artículo 4. Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen **doctrina probable**, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores” (negritas fuera de texto).

parte de las autoridades²² –, y colaboración armónica de los diferentes órganos del Estado, ya que con fundamento en ellos la creación del derecho en Colombia es una tarea compartida y es ahí donde encuentra su justificación la labor del juez al interpretar el texto abstracto de la ley.

- Las decisiones judiciales no pueden desconocer por simple capricho la jurisprudencia y tratar de manera distinta casos que en el pretérito fueron analizados por esta, so pretexto de la autonomía judicial, porque ello ineludiblemente se traduce a la luz de la Carta Política, como desconocimiento y omisión del cumplimiento de un deber constitucional²³.
- La ley en sentido formal –originaria del Legislador– y la Constitución como norma de normas (supremacía constitucional) son las dos principales fuentes del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano, de ahí la sujeción de la actividad judicial a ellas, pero como esta última incorpora valores, principios y objetivos que no pueden desconocerse, los jueces están obligados a respetar los fundamentos jurídicos mediante los cuales han resuelto situaciones análogas anteriores y para apartarse de ellas, deben manifestar las razones por las cuales lo hacen (justificación).
- Dice que la fuerza normativa de la doctrina probable deviene:

*[...] (1) de la **autoridad** otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla, unificando la jurisprudencia ordinaria nacional; (2) del carácter decantado de la interpretación que dicha autoridad viene haciendo del ordenamiento positivo, mediante una **continua confrontación y adecuación a la realidad social** y; (3) del deber de los jueces respecto de a) la*

²² En la sentencia C-104/93, la Corte estableció que el contenido del derecho de acceso a la administración de justicia implica también el derecho a recibir un tratamiento igualitario. Dijo: “El artículo 229 de la Carta debe ser concordado con el artículo 13 idem, de tal manera que el derecho a “acceder” igualitariamente ante los jueces **implica no sólo la idéntica oportunidad de ingresar a los estrados judiciales sino también el idéntico tratamiento que tiene derecho a recibirse** por parte de jueces y tribunales ante situaciones similares. Ya no basta que las personas gocen de iguales derechos en las normas positivas ni que sean juzgadas por los mismos órganos. Ahora se exige además que en la aplicación de la ley las personas reciban un tratamiento igualitario. La igualdad en la aplicación de la ley impone pues que un mismo órgano no pueda modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales”.

²³ Al respecto, la Corte en sentencia SU-047/99 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) estableció:

43- El respeto a los precedentes cumple funciones esenciales en los ordenamientos jurídicos, incluso en los sistemas de derecho legislado como el colombiano. Por ello, tal y como esta Corte lo ha señalado, todo tribunal, y en especial el juez constitucional, debe ser consistente con sus decisiones previas, al menos por cuatro razones de gran importancia constitucional. En primer término, por elementales consideraciones de seguridad jurídica y de coherencia del sistema jurídico, pues las normas, si se quiere que gobiernen la conducta de los seres humanos, deben tener un significado estable, por lo cual las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles. En segundo término, y directamente ligado a lo anterior, esta seguridad jurídica es básica para proteger la libertad ciudadana y permitir el desarrollo económico, ya que una caprichosa variación de los criterios de interpretación pone en riesgo la libertad individual, así como la estabilidad de los contratos y de las transacciones económicas, pues las personas quedan sometidas a los cambiantes criterios de los jueces, con lo cual difícilmente pueden programar autónomamente sus actividades. En tercer término, en virtud del principio de igualdad, puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez. Y, finalmente, como un mecanismo de control de la propia actividad judicial, pues el respeto al precedente impone a los jueces una mínima racionalidad y universalidad, ya que los obliga a decidir el problema que les es planteado de una manera que estarían dispuestos a aceptar en otro caso diferente pero que presente caracteres análogos. Por todo lo anterior, es natural que en un Estado de derecho, los ciudadanos esperen de sus jueces que sigan interpretando las normas de la misma manera, por lo cual resulta válido exigirle un respeto por sus decisiones previas.

igualdad frente a la ley y b) la igualdad de trato por parte de las autoridades y; (4) del principio de buena fe que obliga también a la rama jurisdiccional, prohibiéndole actuar contra sus propios actos. Por otra parte, la autoridad de la Corte Suprema para unificar la jurisprudencia tiene su fundamento en la necesidad de garantizar los derechos fundamentales de las personas y esta atribución implica que la Constitución le da un valor normativo mayor o un “plus” a la doctrina de esa alta Corporación que a la del resto de los jueces de la jurisdicción ordinaria. Ello supone que la carga argumentativa que corresponde a los jueces inferiores para apartarse de la jurisprudencia decantada por la Corte Suprema es mayor que la que corresponde a éste órgano para apartarse de sus propias decisiones por considerarlas erróneas.

- Precisa que no todo el cuerpo de una sentencia tiene fuerza normativa, por lo que reitera los conceptos de *obiter dicta* o afirmaciones dichas de paso y los *ratione decidendi* o fundamentos jurídicos suficientes, que son inescindibles de la decisión sobre un determinado punto de derecho²⁴, pues solo los últimos tienen fuerza vinculante; en tanto que los primeros, dicen relación con los criterios auxiliares de la actividad judicial a los que se refiere el pluricitado artículo 230 (inciso 2º) de la C.P.

Con estos pronunciamientos -entre otros- hoy puede afirmarse que en Colombia existe un cimentado sistema de precedente judicial, pero surge un interrogante: ¿cuántas sentencias son necesarias para que se constituyan en precedente judicial? Según la interpretación del doctor Carlos Bernal Pulido²⁵:

“En el derecho colombiano este interrogante tiene dos respuestas. Si se trata de jurisprudencia constitucional, se necesita una sola sentencia de la Corte Constitucional para que exista precedente. Esto quiere decir que, como ella misma ha sostenido, toda sentencia de la Alta Corte constituye precedente. En cambio, la respuesta es distinta cuando se trata de la jurisprudencia ordinaria. Tanto el artículo 4º. De la Ley 169 de 1896 como la Sentencia C-836 de 2001 determinan que no una sino tres sentencias uniformes de la Corte Suprema de justicia o del Consejo de Estado sobre un mismo punto de derecho, constituyen “doctrina legal probable” y conforman un precedente.”

Empero, recientemente las codificaciones procesales en el ordenamiento jurídico colombiano han sufrido importantes cambios, dentro de las cuales se resaltan las Leyes 1395 de 2010, 1437 de 2011²⁶ y la 1564 de 2012, que han variado los parámetros antes indicados y dicho sea de paso, superaron con éxito el examen de constitucionalidad realizado por la Corte Constitucional. No obstante, aunque desde ya se anuncia que su análisis será objeto de pronunciamiento a profundidad en capítulos siguientes, se anticipa

²⁴ Sobre los mencionados conceptos ver las siguientes providencias: SU-168/99, (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), SU-047/99 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), SU-640/98 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), T-961/00 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra), T-937/99 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), Auto A-016/00 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), T-022/01 (M.P. Cristina Pardo Schlesinger), T-1003/00 (M.P. Álvaro Tafur Galvis).

²⁵ BERNAL PULIDO, Carlos. El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009. p. 161.

²⁶ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1437 (18, enero, 2011). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 2011. no. 47.956.

que la mencionada Corte ha dejado sentada la prevalencia de sus decisiones, pues aunque resolvió dar plena validez a la obligatoriedad de las sentencias unificadas de las Altas Cortes, su jurisprudencia está “por encima” de estas.

2. Bases teóricas de a modulación de las sentencias. Juez de constitucionalidad vs juez de legalidad.

La Carta Política de 1991, en su artículo 243, al referirse a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad, solo indicó que los fallos de la Corte Constitucional hacen tránsito a cosa juzgada, que son de obligatorio cumplimiento tanto para las autoridades como para los particulares y con efectos temporales hacia futuro como regla general. No obstante, aunque la labor del Constituyente llegó hasta allí, ha sido la propia Corte, a través de sus providencias, la que ha elaborado toda una teoría en cuanto a los distintos tipos de sentencias que puede proferir y los efectos temporales de estas. Así por ejemplo, se tienen las denominadas sentencias interpretativas o condicionadas y las integradoras o aditivas. Sobre este punto vale la pena revisar la explicación que de ello hace el profesor Edgar Solano González:

“La Corte tiene la función de asegurar la integridad y supremacía de la Constitución, mediante el control abstracto y objetivo de la constitucionalidad de la ley, esto es, un control jurídico a través del cual el juez constitucional establece si una disposición legal es conforme o no con el texto constitucional, tanto por vicios de procedimiento como por su contenido material. En este caso, la sentencia (esto es: exequibilidad o inexequibilidad de la ley) que la Corte profiere en ejercicio del control jurisdiccional tiene el valor de cosa juzgada constitucional, y es de obligatorio cumplimiento por parte de las autoridades y los particulares (art. 243 de la C.P.). Sin embargo, la Corte no se limita a declarar la exequibilidad o inexequibilidad del precepto legal demandado, sino que además, en ciertas ocasiones profiere sentencias interpretativas, integradoras y de exequibilidad temporal diferida que pueden incidir directamente en la libertad de configuración del Legislador. En otros términos, determinadas técnicas de decisión de la Corte han ido más allá del clásico modelo de legislador negativo, por cuanto “la sentencia constitucional no se limita a suprimir el precepto legal contrario a la Constitución, sino que incorpora una norma nueva al ordenamiento”. Así pues, dependiendo del caso concreto, la Corte decide, por ejemplo, condicionar una decisión de exequibilidad a la interpretación que encuentra conforme a la Constitución; integrar un principio o valor constitucional al precepto legal cuestionado o decide, excepcionalmente, que los efectos de su decisión serán retroactivos o, que empezarán a regir a partir de una fecha futura²⁷.”

Ahora, en cuanto a los efectos de sus fallos, de nuevo se impone la necesidad de traer a mención las ya citadas sentencias C- 113 de 1993 y C-037 de 1996, en las que la Corte dejó bien claro que en el marco de su función de garantizar la supremacía e integridad de la Carta, puede determinar los efectos de sus sentencias, pero que ciertamente la regla general

²⁷ SOLANO GONZÁLEZ, Edgar. La modulación de los efectos de las sentencias de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, En: CEPEDA, Manuel José, MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo y JULIO ESTRADA, Alexei. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. p. 528.

es que produzcan efectos hacia futuro, esto es, a partir de la notificación de la sentencia que decide el proceso de constitucionalidad. Sobre este punto el máximo Tribunal Constitucional en Colombia, enseña:

“[...] elementales razones de seguridad jurídica recomiendan que exista una regla general sobre los efectos en el tiempo de las sentencias del juez constitucional. Y en el caso colombiano, la norma general es la siguiente: la constatación de que una ley adolece de un vicio de inconstitucionalidad implica su declaración de inexecutable por la Corte Constitucional, y esa decisión tiene efectos hacia el futuro o ex nunc, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos constitucionales, como el Alemán o el estadounidense, en donde el fallo tiene efectos retroactivos o ex tunc. Esto significa que una sentencia de inconstitucionalidad diferida representa una excepción a la regla general sobre los efectos temporales de las decisiones de la Corte, lo cual tiene una obvia consecuencia: el recurso a ese tipo de decisiones no sólo debe ser de uso excepcional sino que debe estar expresamente motivado, pues el juez constitucional tiene una carga de argumentación, ya que debe explicar convincentemente por qué se separa de la regla general.”

Dicho de otro modo, la Corte como máximo juez constitucional ha previsto, hablando concretamente de los efectos en el tiempo de sus sentencias, otros distintos a la regla general de que son hacia futuro, pues en los casos en que esta lo determine, pueden ser retroactivos o de inconstitucionalidad diferida²⁸. Sin embargo, surge la pregunta de si ello es posible en tratándose de un juez ya no constitucional, sino de legalidad, como sería el caso del Consejo de Estado (en el marco de dicha función), como máximo órgano de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, por cuanto es difícil pensar en que al resolver una situación particular y concreta pueda modular los efectos de su decisión. No obstante, –y como se verá– ya el Consejo de Estado ha dado muestras de cómo puede ello ocurrir.

Al respecto, resulta pertinente analizar la sentencia de importancia jurídica proferida por la Sala Plena del H. Consejo de Estado, en la que se cambió el criterio jurisprudencial respecto de la vía por la que debía demandarse la sanción moratoria y los efectos de dicha providencia:

“En conclusión:

- (i) El acto de reconocimiento de las cesantías definitivas puede ser controvertido, cuando el administrado no está de acuerdo con la liquidación, mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.*
- (ii) Ese mismo acto constituye título ejecutivo y puede ser reclamado por la vía judicial correspondiente, que es la acción ejecutiva, pero en lo que*

²⁸ “Una sentencia de inconstitucionalidad diferida, o de constitucionalidad temporal, es aquella por medio de la cual el juez constitucional constata que la ley sometida a control es inconstitucional, pero decide no retirarla inmediatamente del ordenamiento, por la sencilla razón de que la expulsión automática de la disposición ocasionaría “una situación peor, desde el punto de vista de los principios y valores constitucionales”, por lo cual el Tribunal Constitucional establece “un plazo prudencial para que el Legislador corrija la inconstitucionalidad que ha sido constatada” (sentencia C-737 de 2001).

respecta a la sanción moratoria deberá demostrarse, además, que no se ha pagado o que se pagó en forma tardía.

(iii) El acto de reconocimiento de la sanción moratoria puede ser cuestionado a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho si el administrado se encuentra inconforme con él, pero si hay acuerdo sobre su contenido y no se produce el pago de la sanción la vía indicada es la acción ejecutiva.

(iv) Cuando se suscite discusión sobre algunos de los elementos que conforman el título ejecutivo, como que no sean claros, expresos y exigibles, debe acudirse ante esta jurisdicción para que defina el tema. De lo contrario la obligación puede ser ejecutada ante la jurisdicción ordinaria por la acción pertinente.

Conviene precisar que en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho siempre existirá un acto atacable. Los expresos de reconocimiento de las cesantías definitivas y de reconocimiento de la sanción moratoria, o los fictos frente a la petición de reconocimiento de las cesantías definitivas o frente a la petición de reconocimiento y pago de la indemnización moratoria, por lo que la acción que debe impetrarse es la de nulidad y restablecimiento del derecho.

Efectos de la presente sentencia

Como fue reseñado, en ocasiones anteriores se ha acudido ante esta jurisdicción, mediante la acción de reparación directa, con el fin de obtener el pago de la indemnización moratoria ante la falta de pago oportuno de las cesantías definitivas, prevista en la Ley 244 de 1995, instrumento que ahora se considera improcedente.

Sin embargo, por razones de seguridad jurídica y por respeto al derecho de acceso a la administración de justicia, los procesos emprendidos a través de la acción de reparación directa, que no requiere agotamiento de la vía gubernativa, 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.²⁹” (Negrillas fuera de texto).

Nótese que fueron objeto de modulación los efectos que esa sentencia generaría, ya que a partir de su ejecutoria ese criterio jurisprudencial aplicaría de inmediato, pero a fin de salvaguardar la seguridad jurídica y acceso a la Administración de Justicia, se indicó que el nuevo criterio jurisprudencial regiría para los procesos que se iniciaran con posterioridad a la ejecutoria de dicha providencia.

Por otra parte, en la providencia (auto) de unificación de 4 de agosto de 2010 proferida por el H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, con ponencia del doctor Gerardo Arenas Monsalve, radicado número: 11001-03-25-000-2010-00163-00 (1203-10), se precisó a quién correspondía la competencia para asumir el conocimiento de las acciones (entiéndase pretensiones) de nulidad y restablecimiento del

²⁹ COLOMBIA, Consejo de Estado. Sala Plena. Radicado número: 76001-23-31-000-2000-02513-01(IJ): 27 de marzo de 2007, C.P. Jesús María Lemos Bustamante.

derecho, en las que se controvierte la legalidad de las sanciones disciplinarias que impliquen retiro temporal o definitivo del servicio (destituciones y suspensiones en el ejercicio del cargo).

Sinopsis del caso:

Tabla 2. Términos jurídicos

ÓRGANOS DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	NORMA HABILITANTE DE COMPETENCIA EN ASUNTOS DISCIPLINARIOS	ASUNTOS DE SU COMPETENCIA EN MATERIA DISCIPLINARIA
CONSEJO DE ESTADO	Artículo 128 (numeral 13) del C.C.A. Cláusula general de competencia	En los asuntos de carácter contencioso administrativo para los que no exista regla especial de competencia, el Consejo asumirá la misma en única instancia .
TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS	Artículo 131 (numeral 2) del C.C.A.	Las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho que carezcan de cuantía, en que se controviertan sanciones disciplinarias administrativas distintas a las que originen retiro temporal o definitivo del servicio, corresponden en única instancia a los Tribunales Administrativos.
JUZGADOS ADMINISTRATIVOS	Artículo 134B (numeral 2) del C.C.A.	Las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho sin cuantía, abarcando las controversias originadas en una relación laboral legal y reglamentaria o las controversias sobre actos administrativos de carácter laboral proferidas por una autoridad del orden nacional corresponden en primera instancia a los Juzgados Administrativos.

Fuente: construcción de la autora.

En el proveído analizado el Consejo de Estado traza una línea o criterio unificado frente al tema y pone de presente que existe un vacío normativo en cuanto a quién le corresponde asumir la competencia en dichos asuntos cuando la sanción corresponda al retiro temporal o definitivo del servicio, pues si bien el Legislador indicó con toda precisión que los tribunales administrativos conocerían en única instancia de las acciones de nulidad y restablecimiento que carezcan de cuantía, en que se controviertan sanciones disciplinarias administrativas **distintas** a las que originen retiro temporal o definitivo del servicio, nada dijo respecto de las que sí lo implicaban, por lo que en muchos tribunales y juzgados del país se pensó que de conformidad con el precitado artículo 134B (numeral 2) del C.C.A., la competencia estaba asignada a los jueces administrativos, ya no en un proceso de única instancia, sino en uno de doble. Ante esta situación, desde el año 2006³⁰, empezó a tomar forma la tesis de que *“Resulta... contrario a la lógica jurídica el hecho de que mientras el conocimiento de una sanción disciplinaria administrativa, como la amonestación escrita*

³⁰ COLOMBIA, Consejo de Estado. Radicación: 110010322400020050033300: 12 de octubre de 2006, C.P. Alejandro Ordoñez Maldonado.

Esta postura fue reiterada por la misma Corporación, dentro del expediente No.47001-23-31-000-2001-00933-01: 27 de marzo de 2009, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, pero con algunas precisiones.

que corresponde a una falta leve culposa, corresponde privativamente y en única instancia a los Tribunales Administrativos, la destitución que se impone como consecuencia de una falta gravísima dolosa, esté radicada en los jueces administrativos”, por lo que, acudiendo a la regla general de competencia (artículo 128 numeral 13 del C.C.A.), el Consejo de Estado, debía asumir su conocimiento como un proceso de única instancia sin importar si tenía o no cuantía y en cuanto a los efectos de dicha decisión, la aludida providencia de 4 de agosto de 2010, dijo:

“Se concluye, conforme a las consideraciones que preceden y en aplicación de la previsión consagrada en el num. 13 del art. 128 del C.C.A., modificado por el artículo 36 de la Ley 446 de 1998, que la competencia para conocer de las controversias como la presente, en las que se impugnan sanciones disciplinarias que originan el retiro del servicio, corresponde privativamente y en única instancia al Consejo de Estado, tengan o no cuantía. Por ende, todas las actuaciones surtidas por y ante el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito Judicial de Neiva, están viciadas de nulidad insaneable consistente en la falta de competencia funcional del juez.”

Nótese, que como lo reseña el texto de la propia providencia, con este pronunciamiento eran tres los dictados en ese sentido, por lo que solo a partir de allí podía hablarse en estricto sentido de un precedente, luego entonces, antes no había una regla de competencia clara, ni una interpretación jurisprudencial con fuerza de precedente, por lo que se considera es un claro ejemplo de una situación en la que debió modularse el efecto de la providencia y no se hizo, esto con la finalidad de permitir que finalizaran los procesos en curso y solo a partir de su ejecutoria empezar a aplicar esta regla de competencia, porque tal y como quedó adoptada la decisión, generó más caos e injusticia de las que esperaba solucionar, porque esa decisión provocó que en todos los juzgados y Tribunales Administrativos del país en procesos de esta naturaleza, se declarara la nulidad de todo lo actuado, inclusive, encontrándose al despacho para fallo en segunda instancia, consecuencia catastrófica para el usuario de la Administración de Justicia, quien tras esperar 10 o más años las resultas de su proceso, tuvo que soportar la declaratoria de nulidad de lo actuado, por la decisión “más justa” en estos asuntos.

Se concluye de lo anterior, que el Consejo de Estado ha unificado criterios tanto en autos como en sentencias y que sí es posible hablar de modulación de efectos temporales de las providencias de unificación del Consejo de Estado, pues si ya lo ha hecho –o sea, antes de la entrada en vigor de la Ley 1437 de 2011-, con mayor razón lo hará con las herramientas de las que le ha provisto el Legislador en dicha normativa, donde ya no 5 sentencias en el mismo sentido constituirán un precedente, sino que solo una tiene ese carácter y además obligatorio para todas las autoridades administrativas y judiciales en Colombia.

3. La fuerza vinculante de las providencias del Consejo de Estado en Colombia.

3.1 La ley 1437 de 2011. Cambios, vacíos y retos que debe asumir el Consejo de Estado con su entrada en vigor.

Tal como se había anticipado en el primer capítulo, recientemente se han producido cambios en los diferentes ordenamientos jurídico-procesales en Colombia de los que se

resaltan las Leyes 1395 de 2010, 1437 de 2011 y 1564 de 2012³¹, que han planteado varias respuestas a la pregunta ¿cuántas sentencias son necesarias para que se constituyan en precedente judicial?

Así las cosas, la mencionada Ley 1395 de 2010³² en su artículo 114 plantea como solución que para los asuntos que allí se enlistan, ya no serán 3 decisiones uniformes sino 5 que resuelvan casos análogos (identidad de hechos y pretensiones), las que “tendrán” que ser observadas al momento de resolver peticiones o expedir actos administrativos, regla aplicable tanto para la Jurisdicción Ordinaria como para la de lo Contencioso Administrativo. Empero, en lo que atañe a esta última, esa regla fue derogada por virtud del artículo 309 de la Ley 1437 de 2011³³, en los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instaren con posterioridad a la entrada en vigencia de esta normativa (2 de julio de 2012) y como se verá, una sola providencia de unificación es precedente judicial y, en consecuencia tiene fuerza vinculante tanto para las autoridades administrativas como jurisdiccionales. Según el tratadista Javier Tamayo Jaramillo “*Es la Ley 1437 de 2011, la que se despacha a favor del precedente obligatorio, hasta el punto de que en algunas de sus disposiciones la Ley pareciera carecer de sentido*”³⁴.

Precisado lo anterior, se impone la necesidad de transcribir las disposiciones que trajo la Ley 1437 de 2011 en torno a la obligatoriedad de las sentencias de unificación del Consejo de Estado:

“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.

ARTÍCULO 271. DECISIONES POR IMPORTANCIA JURÍDICA, TRASCENDENCIA ECONÓMICA O SOCIAL O NECESIDAD DE SENTAR JURISPRUDENCIA. Por razones de importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia, que ameriten la expedición de una sentencia de unificación jurisprudencial, el Consejo de Estado podrá asumir conocimiento de los asuntos pendientes de fallo, de oficio o a solicitud de parte, o por remisión de las secciones o subsecciones o de los tribunales, o a petición del Ministerio Público.

³¹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1564 (12, julio, 2012). Código General del Proceso. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 2012. no. 48.489.

³² COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1395 (12, julio, 2010). Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 2010. no. 47.768.

³³ En adelante se hará referencia a dicho estatuto con la abreviatura “CPACA”.

³⁴ TAMAYO JARAMILLO, Javier; La decisión judicial. Tomo II. Bogotá: Biblioteca Jurídica Diké, 2011. P. 1799.

En estos casos corresponde a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dictar sentencias de unificación jurisprudencial sobre los asuntos que provengan de las secciones. Las secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dictarán sentencias de unificación en esos mismos eventos en relación con los asuntos que provengan de las subsecciones de la corporación o de los tribunales, según el caso.

Para asumir el trámite a solicitud de parte, la petición deberá formularse mediante una exposición sobre las circunstancias que imponen el conocimiento del proceso y las razones que determinan la importancia jurídica o trascendencia económica o social o a necesidad de unificar o sentar jurisprudencia.

Los procesos susceptibles de este mecanismo que se tramiten ante los tribunales administrativos deben ser de única o de segunda instancia. En este caso, la solicitud que eleve una de las partes o el Ministerio Público para que el Consejo de Estado asuma el conocimiento del proceso no suspenderá su trámite, salvo que el Consejo de Estado adopte dicha decisión.

La instancia competente decidirá si avoca o no el conocimiento del asunto, mediante auto no susceptible de recursos.”

Estas explican qué ha de entenderse por sentencia de unificación del Consejo de Estado (precedente vinculante), concepto que trae como novedad el nuevo código y cuya observancia incumbe no solo a los jueces, sino también a la Administración, para quienes es obligatorio en la medida que exista identidad de supuestos fácticos y jurídicos³⁵. Se concluye que en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, de conformidad con el CPACA, son sentencias de unificación, las que se profieran:

- Por importancia jurídica
- Por trascendencia económica y social
- Por necesidad de sentar o unificar jurisprudencia
- Al decidir cualquiera de los recursos extraordinarios previstos (revisión y unificación)
- Las relativas al mecanismo eventual de revisión

El Legislador de la 1437 de 2011 se preocupó por indicar no solo un concepto de lo que es una sentencia de unificación, sino que además previó una serie de mecanismos judiciales y administrativos para efectivizar la Justicia en términos de acceso e igualdad. Por ello, estableció un procedimiento que se surte ante la Administración, denominado “*Extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros por parte de las autoridades*” (artículos 102 y siguientes del CPACA), en la que el solicitante pide de esta la aplicación

³⁵ Se aclara que la obligatoriedad de dichas sentencias para los jueces es “relativa”, pues tal como lo ha enseñado la Corte Constitucional, se garantiza la independencia de los operadores judiciales al permitirseles apartarse del rumbo jurisprudencial trazado por las Altas Cortes, pero con la carga argumentativa de explicar por qué lo hacen, a fin de salvaguardar la seguridad jurídica a los administrados y sin que ello impida la posibilidad de que estos últimos empleen los instrumentos legales en procura de la revocación de una providencia que se aparte del precedente judicial.

de una sentencia de unificación del Consejo de Estado, por considerar que su situación se aviene a los supuestos fácticos y jurídicos de la sentencia a la que alude, por lo que en tales condiciones la Administración DEBE extender los efectos de dicha providencia. En otras palabras, se convierte en una “camisa de fuerza” para la Administración la extensión de los efectos de una sentencia, en casos con analogía fáctica y jurídica, por tratarse de una sentencia de las que la Corte Constitucional denominó en su cimentada doctrina de precedentes “SU”.

Y por el otro, puso a disposición del usuario de la Administración de Justicia –es decir, en sede jurisdiccional: a) un procedimiento especial y expedito ante el H. Consejo de Estado, que denominó “*Procedimiento para la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros*”, en el que el interesado, a quien la Administración le niega la extensión de la jurisprudencia o guarda silencio ante ella, pide del máximo tribunal de lo Contencioso Administrativo la extensión de la jurisprudencia de unificación que invoca y b) un recurso extraordinario, llamado “*De unificación de jurisprudencia*” (artículos 256 a 268 CPACA), el cual puede ser impetrado por quien considere que el juez de su causa se apartó del precedente sentado por el Consejo de Estado en una sentencia “SU” para su caso.

Es pertinente indicar que la Corte Constitucional en sentencia C-816 de 1º de noviembre de 2011 con ponencia del doctor Mauricio González Cuervo, al examinar la constitucionalidad del artículo 102 (incisos 1º y 7º) del CPACA, los declaró exequibles condicionadamente, “*entendiéndose que las autoridades, al extender los efectos de las sentencias de unificación jurisprudencial dictadas por el Consejo de Estado e interpretar las normas constitucionales base de sus decisiones, deben observar con preferencia los precedentes de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia*”. Significa lo anterior, que la Corte encontró ajustado a la Carta la obligatoriedad de las sentencias de unificación del Consejo de Estado, pero la limitó al señalar que sus providencias debían ser observadas con preferencia; o sea, el valor de su jurisprudencia está por encima de la que profiere el Consejo de Estado como juez de legalidad. Así las cosas, en el caso de que una sentencia de unificación del Consejo de Estado se contraponga a lo decidido por la Corte Constitucional, se debe preferir la jurisprudencia sentada por esta última, lo que indudablemente reduce las posibilidades de los famosos “choques de trenes”.

Por otra parte, se advierte que si bien el Legislador de la 1437 de 2011 previó herramientas para efectivizar el valor de la jurisprudencia unificada del Consejo de Estado, en dicha normativa solo se hace referencia a “sentencias”, con lo cual excluye a los “autos” en los que el H. Consejo de Estado pueda unificar criterios frente a determinados asuntos, como lo ha hecho en el pretérito, como por ejemplo en el auto analizado en capítulo anterior, en el que se unificó la postura en torno a quién correspondía asumir el conocimiento de los procesos en los que se discutiera la legalidad de las sanciones disciplinarias impuestas por autoridades del orden nacional que implicaran retiro temporal o definitivo del servicio. Así las cosas, dentro de su libertad de configuración el Legislador excluyó las decisiones unificadas del Consejo de Estado dictadas a través de autos, de manera que quien considere -por mencionar hipotéticamente un caso-, que un juez adoptó una decisión contraria a un asunto cuya postura fue unificada por el Consejo de Estado en un auto, no podrá atacar esa decisión por vía de recurso extraordinario de extensión de jurisprudencia

y ello se justifica en que generalmente las decisiones allí tomadas conciernen a asuntos no de derecho sustancial, sino de orden procesal. Empero, aunque así esté redactada la norma, al menos las autoridades judiciales no podrán desconocerlas, so pretexto de no tener carácter de precedente vinculante, ya que si antes de la expedición del CPACA lo eran, con mayor razón lo son ahora en vigencia del nuevo estatuto procesal, comoquiera que la igualdad y la seguridad jurídica son aspectos transversales en el nuevo ordenamiento, de lo cual dan cuenta los artículos 10, 102, 269, 270 y 271 del CPACA, entre otros. Además, ya desde la Ley 270 de 1996 (art. 37), con las modificaciones introducidas por la Ley 1285 de 2009 «*La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo tendrá las siguientes funciones especiales: (...) 5. Resolver los asuntos que le remitan las Secciones, por su importancia jurídica o trascendencia social si por estimar fundado el motivo resuelve asumir competencia (...) 6. Conocer de los procesos que le remitan las secciones para cambiar o reformar las jurisprudencia de la Corporación*». Así las cosas, desde hace más de una década el Consejo de Estado se encuentra habilitado para proferir providencias donde unifica su jurisprudencia, sin importar si se trata de asuntos sustanciales o meramente procesales y aunque para estos últimos sea improcedente emplear los instrumentos novedosos que incorporó la Ley 1437, en todo caso la tutela seguirá siendo un buen mecanismo para hacerlos exigibles.

Finalmente –y para cerrar este punto–, se advierte desde ya que grandes esfuerzos debe asumir la Jurisdicción para difundir sus decisiones unificadas, de manera que cualquier persona pueda acceder a esas providencias, en aras de que puedan efectivizar sus derechos sustanciales. Sobre los medios electrónicos en la Ley 1437, en las memorias del seminario de presentación del CPACA, se dijo:

“Como bien se hizo explícito desde la exposición de motivos con la que en su momento fue presentado el proyecto de Código Contencioso Administrativo ante el Congreso de la República, aunque el uso de medios tecnológicos ya se había introducido y hecho general en ciertos ámbitos de la Administración Pública, la intención legislativa al expedir el nuevo Código fue la de permitir hacia el futuro explotar adecuadamente los avances tecnológicos y las posibilidades que ofrecen las tecnologías de la información y de las comunicaciones. Lo anterior con el objeto de modernizar y racionalizar tanto el funcionamiento interno de la administración pública y sus relaciones con los administrados, como el procedimiento judicial contencioso administrativo, y encontrar mecanismos de acercamiento entre los ciudadanos y las autoridades que respondan al criterio expansivo del principio de participación democrática³⁶.”

3.2 Propuesta. Modulación de los efectos temporales de las providencias de unificación del Consejo de Estado en Colombia.

Se retoma lo expuesto en capítulos anteriores y se propone la modulación de los efectos temporales de las “providencias” de unificación del Consejo de Estado como juez de legalidad, con un interés especial en que cuando esas decisiones impliquen cambios de

³⁶ SEMINARIO INTERNACIONAL DE PRESENTACIÓN DEL NUEVO CÓDIGO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. (1: 1-3, febrero, 2011: Bogotá, Colombia). Memorias. Bogotá: Imprenta Nacional, 2011. p. 245.

orden procesal, sean morigerados sus efectos, teniendo en cuenta el impacto que estas puedan tener en los derechos de los usuarios de la administración de justicia. Ello encuentra su justificación, en que si no hay criterios unificados en torno a un aspecto concreto y solo con la providencia de unificación viene a fijarse uno, es sensato plantear la posibilidad de modular efectos, a fin de reducir traumatismos, incluso para el propio operador judicial.

Los retos que asume el Consejo de Estado con esta potestad de unificación, ya provista de instrumentos para su exigibilidad, es una labor en la que este debe ponderar incluso, el impacto que esta va a generar en la sociedad. Se agrega a lo anterior, que la propuesta se orienta por principios como la seguridad jurídica, celeridad, igualdad y acceso a la Administración, que enfila sus esfuerzos a proteger los derechos del usuario de la Administración de Justicia.

Conclusiones.

En definitiva el Consejo de Estado ha dado muestras de cómo en ejercicio de funciones de juez de legalidad es posible modular los efectos de sus providencias y las ventajas que de ello se derivan, como por ejemplo, que tratándose de asuntos de orden procesal las actuaciones en curso continúen y las que se inicien con posterioridad a la ejecutoria de la providencia de unificación, deban ajustarse al nuevo criterio, lo que sin duda reduce a su mínima expresión, el impacto en los usuarios de la Administración de Justicia. Asimismo, se colige que aunque la Ley 1437 de 2011 se refiera a la unificación de “sentencias” y haya previsto varias herramientas para asegurar su obligatoriedad, los autos que profiera el Consejo de Estado en los que unifique criterios no tienen menos valor, la diferencia radicará en que si no son observados, no podrá exigirse su obligatoriedad a través de peticiones de extensión de jurisprudencia o del recurso extraordinario de unificación, pero la tutela, siempre será un mecanismo eficaz para la protección de derechos como el debido proceso, igualdad y seguridad jurídica.

BIBLIOGRAFÍA.

BERNAL PULIDO, Carlos. El Derecho de los derechos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005. 419 p.

_____. El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009. 397 p.

FALCÓN, José María y Tella. La jurisprudencia en los derechos romano, anglosajón y continental. Madrid: Marcial Pons, 2010. 220 p.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. El derecho de los jueces. Segunda edición. Bogotá: Legis, 2006. 366 p.

OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. Fuentes del Derecho. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2010. 420 p.

SEMINARIO INTERNACIONAL DE PRESENTACIÓN DEL NUEVO CÓDIGO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. (1: 1-3, febrero, 2011: Bogotá, Colombia). Memorias. Bogotá: Imprenta Nacional, 2011. 534 p.

SOLANO GONZÁLEZ, Edgar. La modulación de los efectos de las sentencias de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, En: CEPEDA, Manuel José, MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo y JULIO ESTRADA, Alexei. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. 523-613. p.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. La decisión judicial, Tomo II. Bogotá: Biblioteca Jurídica Diké, 2011. 2186 p.

REPÚBLICA DE COLOMBIA, Presidencia. Presidente de los Estados Unidos de Colombia [en línea]. Consultado en: <<http://web.presidencia.gov.co/asiescolombia/presidentes/27.htm>>. [Consulta de 17 de septiembre de 2012].

REPÚBLICA DE COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de Colombia. Bogotá: Legis, 2008. 446 p.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 61 de 1886. Bogotá: diario oficial, 5 de diciembre de 1886.

_____. Ley 153 de 1887. Bogotá: diario oficial, 28 de agosto de 1887.

_____. Ley 169 de 1896. Bogotá: diario oficial, 31 de diciembre de 1896.

_____. Ley 270 de 1996. Bogotá: diario oficial, 15 de marzo de 1996.

_____. Ley 1395 de 2010. Bogotá: diario oficial, 12 de julio de 2010.

_____. Ley 1437 de 2011. Bogotá: diario oficial, 18 de enero de 2011.

_____. Ley 1564 de 2012. Bogotá: diario oficial, 12 de julio de 2012.

_____. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia de importancia jurídica de 27 de marzo de 2007. Bogotá: Legis, 2007.

- _____. Auto de 4 de agosto de 2010. Bogotá: Legis, 2010.
- _____. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-104 de 1993. Bogotá: Legis, 1993
- _____. Sentencia C-131 de 1993. Bogotá: Legis, 1993
- _____. Sentencia C-083 de 1995. Bogotá: Legis, 1995
- _____. Sentencia T-123 de 1995. Bogotá: Legis, 1995
- _____. Sentencia T-260 de 1995. Bogotá: Legis, 1995
- _____. Sentencia C-037 de 1996. Bogotá: Legis, 1996
- _____. Sentencia SU- 640 de 1998. Bogotá: Legis, 1998.
- _____. Sentencia SU-047 de 1999. Bogotá: Legis, 1999
- _____. Sentencia C-737 de 2001. Bogotá: Legis, 2001.
- _____. Sentencia C-836 de 2001. Bogotá: Legis, 2001.
- _____. Sentencia C-816 de 2011. Bogotá: Legis, 2011.