

MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Niega. Auto que resuelve recurso de apelación contra decisión adoptada en audiencia inicial / RECURSO DE APELACIÓN - Niega excepción / AUDIENCIA INICIAL - Niega. Declara impróspera excepción / EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA / CAMBIO JURISPRUDENCIAL - Aplicación de efectos retroactivos / CAMBIO JURISPRUDENCIAL - Aplicación de efectos prospectivos

La excepción (...) formulada [falta de legitimación en la causa por activa] al amparo de una tesis jurisprudencial pacífica, fue resuelta con fundamento en una posición jurisprudencial adoptada con posterioridad, situación que, como bien se sugiere en el recurso, plantea la delicada tensión existente entre, por una parte, la prerrogativa de los órganos de cierre del sistema jurídico de reevaluar sus propias tesis jurisprudenciales o, dicho de otra manera, de cambiar el precedente judicial establecido en un punto de derecho determinado y, por la otra, la inseguridad jurídica que dichos cambios implican para los justiciables en tanto pueden resultar sorprendidos por el hecho de que, en los litigios cuya resolución tienen pendiente, se les apliquen reglas jurisprudenciales que no fueron aquellas con fundamento en las cuales actuaron frente a la jurisdicción. (...) Se advierte que la decisión adoptada por la Sección Tercera en sentencia de unificación de 25 de septiembre de 2013 constituyó un auténtico cambio en la regla jurisprudencial hasta entonces vigente sobre el tema, pues fue producto de una reinterpretación de las reglas que regían la capacidad de los consorcios y uniones temporales de comparecer, a través de sus representantes, a los “procesos judiciales que pudieren tener origen en controversias surgidas del mencionado procedimiento administrativo de selección de contratistas o de la celebración y ejecución del contrato estatal respectivo –legitimatío ad processum–”, reinterpretación que conllevó a adoptar una regla de decisión radicalmente distinta a la aplicada de manera generalizada hasta ese momento. (...) Ahora, aunque en dicha providencia no se desarrollaron consideraciones explícitas en torno a los efectos de este cambio jurisprudencial, quedó claro que estos eran inmediatos no sólo porque así se desprende del texto, sino porque fue con fundamento en la nueva tesis que se resolvió el caso bajo análisis. (...) En este escenario corresponde al despacho establecer si, aplicada al sub iudice, la nueva regla jurisprudencial implica o no consecuencias constitucionalmente indeseables y al respecto es de señalar que en la medida en que aquella tuvo por efecto ampliar las posibilidades de que la aquí demandante accediera a la administración de justicia, sin que pueda afirmarse que, en el caso concreto, ello haya traído afectaciones injustificadas a los intereses de la demandada, este despacho no advierte razones que justifiquen el apartarse del precedente fijado en la sentencia de unificación (...). Ahora bien, teniendo en cuenta que esta nueva regla jurisprudencial se aplica en sede de audiencia inicial del proceso, especialmente prevista para sanear los vicios que se hubieren presentado, y que con su aplicación no se hizo nugatorio el derecho de defensa de la entidad demandada, en tanto que la contestación de la demanda presentada por esta última no se fundó única y exclusivamente en la formulación de la excepción de falta de legitimación en la causa para demandar y que, en todo caso, de haberlo hecho, esa no sería una razón suficiente para dejar sin efectos el efecto inmediato de la regla jurisprudencial adoptada en sentencia de unificación por el órgano de cierre en la materia en tanto que ello implicaría que, en la resolución del litigio, se le diera prevalencia a un aspecto procedimental sobre el sustancial consistente en abordar la controversia contractual suscitada, en abierta contravía del mandato consignado en el artículo 228 de la Constitución Política, este despacho concluye que la excepción formulada estuvo bien denegada. NOTA DE RELATORÍA: Síntesis del caso. El 11 de enero de 2013 la Unión Temporal Vías Atlántico y el departamento del Atlántico celebraron contrato de obra. La

entidad contratante se negó a cancelar la cuenta de cobro, por lo que la contratista interpuso demanda regulada por el medio de control de controversias contractuales. En audiencia inicial, el a quo declaró no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por activa, al considerar que, si bien, según la jurisprudencia del Consejo de Estado, las uniones temporales y los consorcios carecían de capacidad para comparecer a los procesos judiciales y, por lo tanto, debían hacerlo de manera concurrente las personas que los conformaban, dicha posición fue reevaluada en sentencia de unificación de jurisprudencia de 25 de septiembre de 2013, proferida por el pleno de la Sección Tercera del Consejo de Estado, decisión en la cual se reinterpretaban las normas que rigen la materia y se concluyó que la capacidad de contratación reconocida legalmente a las uniones temporales y los consorcios no se agota en el campo de la actuación contractual sino que proyecta sus efectos en materia procesal. Problema jurídico. ¿Establecer si le asistió razón al a quo al declarar impróspera la excepción de falta de legitimación en la causa por activa, propuesta por el ente territorial demandado, con fundamento en lo decidido en una sentencia de unificación proferida por el pleno de la Sección Tercera de esta Corporación con posterioridad a la fecha de presentación de la demanda y notificada después de la formulación de la excepción mencionada, o si, como lo estima el apoderado del departamento demandado, la excepción debía ser resuelta de conformidad con la tesis jurisprudencial vigente al momento de su formulación?.

EFFECTO RETROACTIVO DEL CAMBIO JURISPRUDENCIAL / EFFECTO PROSPECTIVO DE CAMBIO JURISPRUDENCIAL / CAMBIO JURISPRUDENCIAL - Efectos / EFFECTO RETROACTIVO - En decisiones jurisprudenciales. Procedibilidad, regulación / EFFECTO PROSPECTIVO - En decisiones jurisprudenciales. Procedibilidad, regulación

A manera de síntesis sobre el tema vale la pena destacar lo siguiente: i) los cambios jurisprudenciales plantean una delicada tensión entre la prerrogativa de los órganos de cierre del sistema jurídico de reevaluar los precedentes jurisprudenciales fijados y la inseguridad jurídica que pueden representar para los justiciables sorprendidos por el cambio; ii) en un entendimiento clásico de la labor judicial, se ha dicho que, en tanto interpretativas de los textos vigentes, las reglas jurisprudenciales son necesariamente retroactivas; iii) no obstante, dada la admisión de la importancia de respetar el precedente judicial como materialización del derecho a la igualdad de los ciudadanos delante de la ley, los cambios del mismo bien pueden defraudar las expectativas legítimas fundadas en su aplicación; iii) es frente a esta tensión que en varios sistemas jurídicos y, aun en algunas decisiones de esta Corporación, se ha puesto en práctica la técnica consistente en posponer en el tiempo los efectos de los cambios operados o, dicho en otros términos, modular dichos efectos; iv) esos ejemplos ponen en evidencia la necesidad de que los jueces consideren las consecuencias de los cambios jurisprudenciales que realicen y no sólo la conveniencia de operar dichos cambios; v) en Colombia la consideración de esos efectos es una exigencia impuesta por el modelo de Estado adoptado constitucionalmente en tanto supone que los jueces asuman un papel proactivo en la defensa de los contenidos constitucionales lo cual se materializa no sólo en la motivación y sentido de sus decisiones sino a la hora de precaver las consecuencias de las mismas; vi) en tanto supone que la solución dada al caso concreto se aviene mejor a aquella en la que se fundaba el precedente, esto es, en mayor acuerdo con el ordenamiento jurídico, más aun cuando es establecida expresamente como de unificación de jurisprudencia, la nueva regla jurisprudencial resultante del ejercicio argumentativo reforzado que requiere el cambio de un precedente debería aplicarse de manera inmediata, salvo que dicha aplicación afecte de modo tal el derecho a la igualdad,

al debido proceso, a la defensa o principios como el de la seguridad jurídica u otros consagrados por el mismo ordenamiento, que el costo resulte abiertamente desproporcionado en relación con las razones que justificaron el cambio, caso en el cual sería necesario optar por fijarle efectos prospectivos que, establecidos para cada situación, eviten las consecuencias indeseables desde el punto de vista del ordenamiento jurídico; vii) esta regla: a) responde mejor al objetivo institucional implícito a los períodos establecidos para la magistratura en los órganos de cierre de las jurisdicciones, a saber, el garantizar no sólo un examen relativamente frecuente de lo bien fundado de las reglas jurisprudenciales establecidas en un punto concreto de derecho y, de ser el caso, su renovación, sino el que esta última tenga una pronta repercusión en las realidades sociales en las intervienen las decisiones de justicia; b) se adecúa mejor a la naturaleza particular que tienen las reglas jurisprudenciales como fuentes de derecho; y c) permite una mejor consideración de las circunstancias que deben tenerse en cuenta para fijar el momento para el cual debe posponerse la aplicación de una nueva regla jurisprudencial; viii) en principio es el mismo órgano jurisprudencial que opera el cambio el llamado a explicitar el juicio de ponderación a la luz del cual sea necesario optar por una aplicación prospectiva de dicho cambio; no obstante, si se abstiene de hacerlo, los demás jueces, también obligados a hacer prevalecer la superioridad de la Constitución Política, podrían determinar que, en una situación concreta, la aplicación de la misma desatendería injustificadamente los postulados superiores y, en consecuencia, después de cumplir con la exigente carga argumentativa que les incumbiría por apartarse de la regla tácita de su aplicación inmediata, podrían decidir, fundadamente, que el cambio jurisprudencial invocado no tiene efectos para el caso sometido a su consideración. Finalmente, todo lo dicho hasta aquí supone la verificación previa de que se está frente a un auténtico cambio jurisprudencial, esto es, la constatación de que: i) sobre el mismo punto de derecho y sin que mediaran cambios en el ordenamiento jurídico que así lo justificaran, se adoptó una regla sustancialmente diferente a la que venía aplicándose, de manera generalizada; y ii) la aplicación de dicha regla implica que el problema jurídico planteado a la jurisdicción sea resuelto de manera opuesta a como venía haciéndose hasta ese momento”. NOTA DE RELATORÍA: ¿Cuál es el efecto que debería otorgársele a una decisión que resulta en el cambio de un precedente jurisprudencial?.

RECURSO DE APELACIÓN EN AUDIENCIA INICIAL / RECURSO DE APELACIÓN - Normatividad aplicable / RECURSO DE APELACIÓN - Procedibilidad

El despacho es competente para decidir el recurso de apelación interpuesto contra la decisión adoptada por el magistrado ponente en el Tribunal Administrativo del Atlántico, en la audiencia inicial llevada a cabo el 2 de abril de 2014, mediante la cual declaró impróspera la excepción de falta de legitimación en la causa por activa, en una demanda que, por su cuantía, tiene vocación de doble instancia. Lo anterior según lo dispuesto en los artículos 125 y 180.6 del CPACA y de conformidad con la ratio decidendi del auto de unificación de jurisprudencia proferido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo el 25 de junio de 2014. NOTA DE RELATORÍA: Al respecto ver la decisión de 25 de junio de 2014, exp. 49299.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 CPACA - ARTÍCULO 125 / LEY 1437 DE 2011 CPACA - ARTÍCULO 180 NUMERAL 6

CONSORCIO Y UNIÓN TEMPORAL - Capacidad procesal: Primera etapa jurisprudencial / CONSORCIO - Intervención en proceso judicial. Carece de

personalidad jurídica / UNIÓN TEMPORAL - Intervención en proceso judicial. Carece de personalidad jurídica

La tesis jurisprudencial sostenida por esta Corporación en materia de consorcios y uniones temporales era aquella según la cual no tenían capacidad para ser parte en procesos judiciales, por carecer de personalidad jurídica diferente a la de las personas naturales y/o jurídicas que los integraban. (...) No obstante, (...) dicha tesis fue modificada expresamente por la misma Sección Tercera en sentencia de unificación de jurisprudencia de 25 de septiembre de 2013. NOTA DE RELATORÍA: Al respecto ver la decisión de 2 de febrero de 2005, exp. 28005 y el fallo de 25 de septiembre de 2013, exp. 19933.

CONSORCIO Y UNIÓN TEMPORAL - Capacidad procesal: Segunda etapa jurisprudencial. Reiteración jurisprudencial / CAPACIDAD DEL CONSORCIO Y LA UNIÓN TEMPORAL PARA SER PARTE - Regulación legal. Aplicación de criterio jurisprudencial de sentencia de unificación / CONSORCIO - Intervención en proceso judicial. Capacidad para ser parte en juicio / UNIÓN TEMPORAL - Intervención en proceso judicial. Capacidad para ser parte en juicio / LEGITIMATIO AD PROCESSUM

A juicio de la Sala, en esta ocasión debe retomarse el asunto para efectos de modificar la tesis jurisprudencial que se ha venido siguiendo y, por tanto, debe puntualizarse que si bien las uniones temporales y los consorcios no constituyen personas jurídicas distintas de quienes integran la respectiva figura plural de oferentes o de contratistas, lo cierto es que además de contar con la aptitud para ser parte en el correspondiente procedimiento administrativo de selección de contratistas –comoquiera que por ley cuentan con capacidad suficiente para ser titulares de los derechos y obligaciones derivadas tanto de los procedimientos administrativos de selección contractual como de los propios contratos estatales—, también se encuentran facultados para concurrir a los procesos judiciales que pudieren tener origen en controversias surgidas del mencionado procedimiento administrativo de selección de contratistas o de la celebración y ejecución del contrato estatal respectivo –legitimatío ad processum-, por intermedio de su representante. NOTA DE RELATORÍA: Al respecto ver el fallo de 25 de septiembre de 2013, exp. 19933.

ALTA CORTE - Función de interpretación de órgano de cierre / CAMBIO JURISPRUDENCIAL - Aplicación de principio de seguridad jurídica / SEGURIDAD JURÍDICA - Afectación o no por cambio jurisprudencial. Inseguridad jurídica

[Por] virtud de los principios de igualdad, debido proceso, seguridad jurídica y confianza legítima en los que se funda la necesidad de respetar el precedente judicial, el justiciable puede no sólo tener la expectativa jurídicamente fundada de que el que se aplique a su caso sea el establecido para el momento en que accedió a la administración de justicia –o incluso, para aspectos sustanciales, aquel vigente al momento de los hechos-, sino sustentar en ese precedente sus pretensiones o la manera de ejercer su derecho de defensa. No obstante, dado el ejercicio argumentativo propio de la actividad judicial, desarrollado en atención al ideal regulativo de encontrar la mejor respuesta posible –aunque considerando el valor reforzado con que cuenta el precedente por el simple hecho de serlo-, bien puede ocurrir que ese mismo justiciable se vea avocado a que la regla que se aplique a su caso sea distinta a aquélla con fundamento en la cual actuó ante la jurisdicción –o a la que estaba vigente en el momento de los hechos materia del litigio-.

ALTA CORTE - Función de interpretación de órgano de cierre / CONSEJO DE ESTADO - Competencia. Función de interpretación de órgano de cierre en la Jurisdicción Contencioso Administrativa / SEGURIDAD JURÍDICA - Función de interpretación de órgano de cierre / PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL / CAMBIO JURISPRUDENCIAL - Efectos / RECTIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / DERECHO A LA IGUALDAD / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL - Función y finalidad: Precedente aplicable. Fuerza vinculante u obligatoriedad

Los jueces son intérpretes de normas jurídicas y, en esa medida, sólo fijan sus alcances y efectos, se ha entendido que las reglas jurisprudenciales que se extraen de sus decisiones son declarativas y no constitutivas y, por lo tanto, tienen la misma vigencia de las normas interpretadas; de allí que, cuando se operan cambios jurisprudenciales a partir de una reinterpretación de las normas vigentes, se considere implícitamente que la nueva regla jurisprudencial es aplicable tanto al caso por virtud del cual se realiza el cambio, como a los que se resuelvan con posterioridad, por respeto al precedente judicial, garantía derivada del derecho a la igualdad. Lo anterior más aun cuando se trata de sentencias de unificación jurisprudencial cuya fuerza vinculante es mayor en tanto cumplen la “función especial y específica de ordenar y clarificar el precedente aplicable”. (...) Es por cuenta de este entendimiento que las reglas jurisprudenciales no reciben el mismo tratamiento de otras fuentes del derecho que, como la ley, no pueden ser de aplicación retroactiva, salvo excepciones limitadas, especialmente, al campo del derecho sancionatorio. Así, comprendida como interpretación de normas vigentes, la aplicación de reglas jurisprudenciales a actuaciones iniciadas con anterioridad a su formulación no viola, en principio, ese pilar fundamental del Estado de Derecho que es la irretroactividad de la ley.

PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL - Concepto, definición, noción / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA / IGUALDAD / BUENA FE / CONFIANZA LEGÍTIMA

El precedente judicial, entendido como “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” ata al juez y, en esa medida, garantiza “la confianza en las decisiones de los jueces a la luz de los principios de seguridad jurídica, igualdad, buena fe y confianza legítima”, máxime cuando ha sido fijado expresamente con el objetivo de unificar jurisprudencia por las autoridades judiciales con facultades para ello, esto es, por los órganos de cierre de las respectivas jurisdicciones.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH

Bogotá D.C., veinticinco (25) de septiembre de dos mil diecisiete (2017).

Radicación número: 08001-23-33-000-2013-00044-01(50892)

Actor: UNIÓN TEMPORAL VÍAS ATLÁNTICO 2011

Demandado: DEPARTAMENTO DEL ATLÁNTICO

Referencia. MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (AUTO)

Corresponde al despacho decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la decisión adoptada en la audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, llevada a cabo el 2 de abril de 2014, mediante la cual el Tribunal Administrativo del Atlántico declaró no probada la excepción de *“falta de legitimación en la causa para demandar de quien se presenta como sujeto activo de la litis”*, propuesta por el departamento del Atlántico. La providencia será confirmada.

ANTECEDENTES

I. La demanda

1. El 11 de enero de 2013, el representante legal de la Unión Temporal Vías Atlántico 2011, a través de apoderado judicial, interpuso a nombre de esta última demanda en ejercicio del medio de control de controversias contractuales, con el fin de que se declarara el incumplimiento del contrato de obra n.º 005-FNC-CH por parte del departamento del Atlántico y, como consecuencia de lo anterior, se condenara a este último al pago de todos los perjuicios ocasionados por cuenta de dicho incumplimiento (f. 1-9 c. 1). Como fundamento fáctico y jurídico de sus pretensiones, la demandante sostuvo que:

1.1. Con base en una convocatoria pública, celebró con el departamento del Atlántico un contrato cuyo objeto era la recuperación de la bancada de los

corredores viales Ye-Guaimaral-Tubará-El Vaivén-Piojó y Juan de Acosta-Sibarco.

1.2. A pesar de haber ejecutado los ítems relacionados con el movimiento de tierras contemplados en el contrato, el departamento del Atlántico se negó a cancelar la cuenta de cobro remitida por dicho concepto con fundamento en que, a su juicio, el ítem “*terraplenes 220-07P*” incluía las actividades de excavación y transporte de material.

II. El trámite procesal

2. Mediante auto de 17 de mayo de 2013, el magistrado a cargo de la sustanciación del expediente en el Tribunal Administrativo del Atlántico inadmitió la demanda por defectos formales (f. 216-217 c.1), razón por la cual el apoderado de la actora presentó memorial de corrección de la demanda (f. 220-223 c.1). Esta última fue admitida a través de auto de 21 de junio de 2013 (f.225-226 c.1).

3. En escrito de contestación presentado el 3 de octubre de 2013, el apoderado del departamento del Atlántico formuló como excepción la “*falta de legitimación en la causa para demandar de quien se presenta como sujeto activo de la litis*” con fundamento en que, de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado y con lo referido por la doctrina, las uniones temporales, como la demandante, “*no tienen el carácter de personas jurídicas y por ende, no tienen capacidad procesal para intervenir en un proceso judicial en calidad de demandantes, demandadas ni como terceros (...). Dicha calidad se encuentra en cabeza de las personas naturales o jurídicas que la han integrado para celebrar un contrato con el Estado*”. Como excepciones de mérito señaló: i) la inexistencia de las obligaciones demandadas, ii) la improcedencia material y formal para que se configure la responsabilidad contractual imputada; iii) el silencio culposo y/o doloso de quien se presenta como sujeto activo de la litis; y iv) la improcedencia de acumular intereses y corrección monetaria respecto de las condenas solicitadas; lo anterior con fundamento en que, a su juicio, la

demandante no tiene derecho alguno a que se le pague un dinero adicional al licitado, pactado y liquidado sólo por considerar que las actividades de excavación y transporte de material no estaban incluidas en el ítem denominado terraplén, cuando la voluntad inequívoca del contrato era incluir dichas tareas dentro aquel. Indicó que si la demandante tenía dudas sobre las actividades incluidas en cada uno de los ítems, le correspondía entonces hacerlo saber durante la etapa de licitación y no esperar a la ejecución del contrato (f. 238-251 c.1).

4. La demandante se abstuvo de descorrer el traslado concedido para pronunciarse sobre las excepciones propuestas (f. 385 c.1).

III. La providencia apelada

5. En la audiencia inicial de 2 de abril de 2014, el magistrado a cargo del expediente en el Tribunal Administrativo del Atlántico resolvió declarar no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por activa, propuesta por el departamento del Atlántico, con fundamento en que si bien es cierto que según la jurisprudencia del Consejo de Estado las uniones temporales y los consorcios carecían de capacidad para comparecer a los procesos judiciales y, por lo tanto, debían hacerlo de manera concurrente las personas que los conformaban, dicha posición fue reevaluada en sentencia de unificación de jurisprudencia de 25 de septiembre de 2013, proferida por el pleno de la Sección Tercera del Consejo de Estado, decisión en la cual se reinterpretaron las normas que rigen la materia y se concluyó que la capacidad de contratación reconocida legalmente a las uniones temporales y los consorcios no se agota en el campo de la actuación contractual sino que proyecta sus efectos en materia procesal (f. 391-395 c.ppl.)¹.

IV. El recurso de apelación y la oposición al mismo

¹ De acuerdo con el sistema de gestión judicial, dicha providencia fue notificada por edicto fijado el 22 de noviembre de 2013.

6. El apoderado del departamento del Atlántico interpuso recurso de apelación por cuanto, aunque afirma no desconocer el valor de la sentencia de unificación tenida en cuenta por el Tribunal, estima que el precedente allí establecido no es aplicable al *sub examine*, toda vez que *“su aplicación retrospectiva genera una violación al debido proceso, en el sentido en que el momento en que se presentó la demanda era unánime la posición del Consejo de Estado sobre el particular, así mismo cuando se notificó la demanda”*, de manera que fue con fundamento en la tesis entonces vigente que se contestó la demanda, es decir, *“gran parte de la defensa se sustentó en la tesis establecida por el Consejo de Estado”*.

7. Al respecto, el apoderado de la actora manifestó que las sentencias de unificación jurisprudencial permiten resolver asuntos controvertidos y, en el caso de aquella relacionada con la capacidad para ser parte procesal de las uniones temporales y consorcios, la diáfana explicación de la magistratura no deja lugar a dudas sobre la interpretación que debe privilegiarse. Indicó además que, tratándose de una sentencia de unificación, es un precedente de obligatorio cumplimiento y debe aplicarse desde su expedición, máxime si se tiene en cuenta que no tiene sentido alguno que quienes se organizan en uniones temporales y consorcios para contratar con el Estado, no puedan luego acudir a la jurisdicción al amparo de la misma figura (f. 396 c. ppl.). El magistrado concedió el recurso interpuesto en el efecto suspensivo (f. 397 c. ppl.).

CONSIDERACIONES

I. Competencia

8. El despacho es competente para decidir el recurso de apelación interpuesto contra la decisión adoptada por el magistrado ponente en el Tribunal Administrativo del Atlántico, en la audiencia inicial llevada a cabo el 2 de abril de 2014, mediante la cual declaró impróspera la excepción de falta de legitimación en la causa por activa, en una demanda que, por su

cuantía, tiene vocación de doble instancia². Lo anterior según lo dispuesto en los artículos 125³ y 180.6⁴ del CPACA y de conformidad con la *ratio decidendi* del auto de unificación de jurisprudencia proferido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo el 25 de junio de 2014⁵, en el cual se consideró:

...el numeral 6 del artículo 180 del CPACA, determina que “el auto que decida sobre las excepciones será susceptible del recurso de apelación o del de súplica, según el caso...”, lo que significa que en procesos de primera instancia será procedente la apelación, mientras que tratándose de asuntos de única instancia lo procedente será el recurso de súplica.

Como se aprecia, la expresión “según el caso” sirve de inflexión para dejar abierta la posibilidad de la procedencia del recurso de apelación o de súplica dependiendo la instancia en que se desarrolle el proceso, puesto que si se trata de un asunto cuyo trámite corresponde a un Tribunal Administrativo o al Consejo de Estado en única instancia, el medio de impugnación procedente será el de súplica, mientras que si se tramita en primera instancia por un Tribunal Administrativo procederá el de apelación, bien que sea proferido por el Magistrado Ponente –porque

² En efecto, de conformidad con el artículo 152.5 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –en adelante, CPACA–, los Tribunales Administrativos conocen en primera instancia de los asuntos relativos a contratos “cualquiera que sea su régimen, en que sea parte una entidad pública en sus distintos órdenes o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado (...) cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes” y, en el caso bajo análisis, la parte actora estimó que la pretensión de indemnización de perjuicios materiales ascendía a \$ 2072 408 921 (f. 2 c.1), suma que excede la de \$ 294 750 000, a que equivalían 500 smlmv en 2013, año de presentación de la demanda.

³ “De la expedición de providencias: Será competencia del juez o Magistrado Ponente dictar los autos interlocutorios y de trámite; sin embargo, en el caso de los jueces colegiados, las decisiones a que se refieren los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 243 de este Código serán de la sala, excepto en los procesos de única instancia. Corresponderá a los jueces, las salas, secciones y subsecciones de decisión dictar las sentencias. Los autos que resuelvan los recursos de súplica serán dictados por las salas, secciones y subsecciones de decisión con exclusión del Magistrado que hubiere proferido el auto objeto de la súplica”. Se recuerda que, en los numerales 1, 2 y 3 del artículo 243 del CPACA se refieren a los autos que: i) rechazan la demanda; ii) decretan una medida cautelar y resuelven los incidentes de responsabilidad y desacato en ese mismo trámite, y iii) pongan fin al proceso.

⁴ “Vencido el término de traslado de la demanda o de la de reconvenición según el caso, el Juez o Magistrado Ponente, convocará a una audiencia que se sujetará a las siguientes reglas: (...) 6. Decisión de excepciones previas. El Juez o Magistrado Ponente, de oficio o a petición de parte, resolverá sobre las excepciones previas y las de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva. (...) El auto que decida sobre las excepciones será susceptible del recurso de apelación o del de súplica, según el caso”.

⁵ Exp. 49299, C.P. Enrique Gil Botero, con salvamento de voto de varios magistrados, entre ellos, quien proyecta esta decisión. Es importante precisar que, al margen de los diferentes temas abordados, dicha providencia tenía por objeto decidir el recurso de queja interpuesto contra el rechazo por improcedente del de apelación instaurado contra la decisión mediante la cual se resolvieron excepciones previas. En virtud de las consideraciones transcritas, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo estimó mal denegado el recurso de apelación interpuesto y, en consecuencia, ordenó darle trámite.

no se le pone fin al proceso— o por la Sala a la que pertenece este último —al declararse probado un medio previo que impide la continuación del litigio— (negrillas de la providencia).

II. Problema jurídico

9. Debe el despacho establecer si le asistió razón al *a quo* al declarar impróspera la excepción de falta de legitimación en la causa por activa, propuesta por el ente territorial demandado, con fundamento en lo decidido en una sentencia de unificación proferida por el pleno de la Sección Tercera de esta Corporación con posterioridad a la fecha de presentación de la demanda y notificada después de la formulación de la excepción mencionada, o si, como lo estima el apoderado del departamento demandado, la excepción debía ser resuelta de conformidad con la tesis jurisprudencial vigente al momento de su formulación.

III. Análisis del despacho

10. Sea lo primero advertir que tiene razón el apoderado del departamento demandado cuando afirma que, para la época de la interposición de la demanda, la tesis jurisprudencial sostenida por esta Corporación en materia de consorcios y uniones temporales era aquella según la cual no tenían capacidad para ser parte en procesos judiciales, por carecer de personalidad jurídica diferente a la de las personas naturales y/o jurídicas que los integraban. En palabras de la Sección Tercera:

...las uniones temporales, figuras admitidas en el artículo séptimo de la ley 80 de 1993 para efectos de contratación estatal, no crean una persona jurídica nueva e independiente de los miembros que conforman dichas asociaciones.

Al no poseer tal naturaleza jurídica, no tiene capacidad para comparecer en proceso ante autoridades judiciales, conforme a lo prescrito en el artículo 44 del Código de Procedimiento Civil.

(...)

En virtud del artículo 6 de la ley 80, las uniones temporales al igual que los consorcios, pueden celebrar contratos con las entidades estatales. Esto significa que, por disposición legal, dicha figura puede participar en la adjudicación, celebración y ejecución de los contratos pero no implica, y así

lo ha precisado la jurisprudencia en diferentes oportunidades⁶, que tenga capacidad para participar en un proceso judicial. Dicha calidad se encuentra en cabeza de las personas naturales o jurídicas que la han integrado para celebrar un contrato con el Estado, conforme al artículo 44 del Código de Procedimiento Civil⁷.

10.1. No obstante, como lo consideró el *a quo* para efectos de adoptar la decisión recurrida, dicha tesis fue modificada expresamente por la misma Sección Tercera en sentencia de unificación de jurisprudencia de 25 de septiembre de 2013, en la cual se indicó:

A juicio de la Sala, en esta ocasión debe retomarse el asunto para efectos de modificar la tesis jurisprudencial que se ha venido siguiendo y, por tanto, debe puntualizarse que si bien las uniones temporales y los consorcios no constituyen personas jurídicas distintas de quienes integran la respectiva figura plural de oferentes o de contratistas, lo cierto es que además de contar con la aptitud para ser parte en el correspondiente procedimiento administrativo de selección de contratistas –comoquiera que por ley cuentan con capacidad suficiente para ser titulares de los derechos y obligaciones derivadas tanto de los procedimientos administrativos de selección contractual como de los propios contratos estatales–, también se encuentran facultados para concurrir a los procesos judiciales que pudieren tener origen en controversias surgidas del mencionado procedimiento administrativo de selección de contratistas o de la celebración y ejecución del contrato estatal respectivo –legitimatío ad processum–, por intermedio de su representante.

10.2. Es cierto entonces que, como lo indica la entidad recurrente, la excepción por ella formulada al amparo de una tesis jurisprudencial pacífica, fue resuelta con fundamento en una posición jurisprudencial adoptada con posterioridad, situación que, como bien se sugiere en el recurso, plantea la delicada tensión existente entre, por una parte, la prerrogativa de los órganos de cierre del sistema jurídico de reevaluar sus propias tesis jurisprudenciales o, dicho de otra manera, de cambiar el precedente judicial establecido en un punto de derecho determinado y, por la otra, la inseguridad jurídica que dichos cambios implican para los justiciables en tanto pueden resultar sorprendidos por el hecho de que, en los litigios cuya resolución tienen pendiente, se les apliquen reglas jurisprudenciales que no fueron aquellas con fundamento en las cuales actuaron frente a la jurisdicción. Para determinar cómo resolver esta tensión en el caso bajo

⁶ [2] Consejo de Estado, Sección Tercera, Providencia del 1 de diciembre de 2001, Exp. No. 21.305.

⁷ Sección Tercera, auto de 2 de febrero de 2005, exp. 28005, C. P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

análisis, el despacho recordará brevemente los sustratos teórico-prácticos de la misma (11), así como algunas de las soluciones que se han planteado (12) y, a partir de allí, esbozará los criterios que deben tenerse en cuenta para resolver la tensión en cada caso (13) y que, al aplicarse al *sub lite*, permitirán adoptar una solución sobre el particular (14).

Jurisprudencia y seguridad jurídica.

11. En la perspectiva según la cual los jueces son intérpretes de normas jurídicas y, en esa medida, sólo fijan sus alcances y efectos, se ha entendido que las reglas jurisprudenciales que se extraen de sus decisiones son declarativas y no constitutivas y, por lo tanto, tienen la misma vigencia de las normas interpretadas; de allí que, cuando se operan cambios jurisprudenciales a partir de una reinterpretación de las normas vigentes, se considere implícitamente que la nueva regla jurisprudencial es aplicable tanto al caso por virtud del cual se realiza el cambio, como a los que se resuelvan con posterioridad, por respeto al precedente judicial, garantía derivada del derecho a la igualdad. Lo anterior más aun cuando se trata de sentencias de unificación jurisprudencial cuya fuerza vinculante es mayor en tanto cumplen la *“función especial y específica de ordenar y clarificar el precedente aplicable”*⁸.

11.1. Es por cuenta de este entendimiento que las reglas jurisprudenciales no reciben el mismo tratamiento de otras fuentes del derecho que, como la ley, no pueden ser de aplicación retroactiva, salvo excepciones limitadas, especialmente, al campo del derecho sancionatorio. Así, comprendida como interpretación de normas vigentes, la aplicación de reglas jurisprudenciales a actuaciones iniciadas con anterioridad a su formulación no viola, en principio, ese pilar fundamental del Estado de Derecho que es la irretroactividad de la ley⁹.

11.2. No obstante, salta a la vista que esta comprensión, fuertemente

⁸ Corte Constitucional, sentencia C-588 de 2012, M.P. Mauricio González Cuervo.

⁹ El artículo 29 de la Constitución Política señala expresamente que *“Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa...”*.

impregnada por concepciones iusfilosóficas según las cuales los jueces no tienen poder para crear normas jurídicas sino, tan sólo, para revelar retroactivamente el sentido de las existentes –concepciones defendidas en derecho continental y también, aunque en menor medida, en derecho anglosajón¹⁰-, presenta dificultades en materia de seguridad jurídica, debido proceso y confianza legítima, en tanto que, desde el punto de vista del justiciable, el cambio jurisprudencial puede constituir una variación de la regla de derecho al amparo de la cual esperaba legítimamente que se resolviera su situación y ello por virtud de la importancia que, para la protección del derecho a la igualdad, se ha dado al respeto del precedente judicial de las altas cortes, incluso en países de tradición jurídica continental como el nuestro.

11.3. En efecto, vale la pena recordar que, como lo ha explicado la Corte Constitucional en múltiples oportunidades, si bien el artículo 230 de la Constitución Política establece que “*^*[los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley]” y que la jurisprudencia sólo constituye criterio auxiliar de su actividad, lo cierto es que la expresión “*imperio de la ley*” debe ser entendida como la totalidad del ordenamiento jurídico “*incluida la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales, la cual [lo] informa*”¹¹ y, además, sólo se comprende bajo la égida de dos garantías primordiales: la igualdad ante la ley y la igualdad de protección de trato por parte de las autoridades¹². Ello supone que, en sus decisiones, los jueces deban procurar guardar uniformidad y coherencia con lo decidido por los órganos de cierre de sus respectivas jurisdicciones, lo que, como ha explicado esa Corporación, hace necesario el acatamiento del precedente

¹⁰ Basta recordar que, en lo que tiene que ver con el derecho continental, la tradición de la separación de poderes heredada de Montesquieu –El Espíritu de las Leyes, 1747- y generalizada por la Revolución Francesa enseñaba que el juez no era más que la boca de la ley y, el derecho francés, prohibía expresamente que los jueces profirieran decisiones que tuvieran efectos en casos distintos a aquel que se decidía –arrêts de règlement-; por su parte, en la tradición anglosajona, teóricos como Blackstone –Comentarios a las Leyes de Inglaterra, 1765-1769- defendieron que el common law encierra un derecho original preexistente, inmutable, completo y justo que el juez se limita a develar y, por consiguiente, a declarar de manera necesariamente retroactiva; perspectiva esta última que, como se sabe, es una de las consecuencias de la concepción iusnaturalista del derecho.

¹¹ C-539 de 2011.

¹² C-836 de 2001.

judicial, de allí que, al resumir su posición sobre el tema, haya destacado:

Con fundamento en la interpretación conjunta de los artículos 1, 13, 83 y 230 de la Constitución, la Corte ha dicho que el precedente judicial tiene una posición especial en el sistema de fuentes, en atención a su relevancia para la vigencia de un orden justo y la efectividad de los derechos y libertades de las personas. Por ello existe una obligación prima facie de seguirlo y, en el caso de que la autoridad judicial decida apartarse, debe ofrecer una justificación suficiente¹³.

11.4. Así pues, el precedente judicial, entendido como “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”¹⁴ ata al juez y, en esa medida, garantiza “la confianza en las decisiones de los jueces a la luz de los principios de seguridad jurídica, igualdad, buena fe y confianza legítima”¹⁵, máxime cuando ha sido fijado expresamente con el objetivo de unificar jurisprudencia por las autoridades judiciales con facultades para ello, esto es, por los órganos de cierre de las respectivas jurisdicciones¹⁶.

11.5. Lo anterior no obsta para que, en observancia de ciertas condiciones, la autoridad judicial pueda o incluso deba apartarse del precedente:

La Corte ha reconocido que es preciso hacer efectivo el derecho a la igualdad, sin perder de vista que el juez goza de autonomía e independencia en su actividad, al punto que si bien está obligado a respetar el precedente fijado por él mismo y por sus superiores funcionales, también es responsable de adaptarse a las nuevas exigencias que la realidad le impone y asumir los desafíos propios de la evolución del derecho. En consecuencia, un juez puede apartarse válidamente del precedente horizontal o vertical si (i) en su providencia hace una referencia expresa al precedente conforme al cual sus superiores funcionales o su propio despacho han resuelto casos análogos, pues “sólo puede admitirse una revisión de un precedente si se es consciente de su existencia” (requisito de transparencia); y (ii) expone razones suficientes y válidas a la luz del ordenamiento jurídico y los supuestos fácticos del caso nuevo que justifiquen el cambio jurisprudencial, lo que significa que no se trata simplemente de ofrecer argumentos en otro sentido, sino que resulta

¹³ C- 284 del 2015.

¹⁴ T-360 de 2014.

¹⁵ T-446 de 2013.

¹⁶ Al respecto pueden consultarse las sentencias de la Corte Constitucional C-816 de 2011 y 588 de 2012, M.P. Mauricio González Cuervo y C-634 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

necesario demostrar que el precedente anterior no resulta válido, correcto o suficiente para resolver el caso nuevo (requisito de suficiencia). Satisfechos estos requisitos por parte del juez, en criterio de la Corte, se entiende protegido el derecho a la igualdad de trato ante las autoridades y garantizada la autonomía e independencia de los operadores judiciales.¹⁷

11.6. De este modo resulta que, por virtud de los principios de igualdad, debido proceso, seguridad jurídica y confianza legítima en los que se funda la necesidad de respetar el precedente judicial, el justiciable puede no sólo tener la expectativa jurídicamente fundada de que el que se aplique a su caso sea el establecido para el momento en que accedió a la administración de justicia –o incluso, para aspectos sustanciales, aquel vigente al momento de los hechos-, sino sustentar en ese precedente sus pretensiones o la manera de ejercer su derecho de defensa. No obstante, dado el ejercicio argumentativo propio de la actividad judicial¹⁸, desarrollado en atención al ideal regulativo de encontrar la mejor respuesta posible¹⁹ -aunque considerando el valor reforzado con que cuenta el precedente por el simple hecho de serlo-, bien puede ocurrir que ese mismo justiciable se vea

¹⁷ *Ibidem*

¹⁸ El cual puede ser suscitado por la misma contraparte si esta insiste en la necesidad de revisar la regla jurisprudencial hasta ahora aplicada en cierta materia.

¹⁹ Sobre este punto puede consultarse la sentencia de la Subsección B de la Sección Tercera de 26 de julio de 2012, exp. 22581, con ponencia de quien proyecta esta providencia, en donde se afirmó: *“la concepción del derecho que mejor explica el fenómeno es el iusnaturalismo en su versión moderna iusracionalista que apuesta por la corrección de las decisiones jurídicas sobre la base de una argumentación razonada. Como es sabido, la tesis de la única respuesta correcta desarrollada por la concepción iusracionalista del derecho, con Dworkin a la cabeza, tiene como su variante más influyente la propuesta de Alexy sobre la respuesta correcta como idea regulativa, la que a su turno es un desarrollo de su tesis filosófica sobre moral correcta. En palabras de Alexy: “En todo caso, está claro que en la realidad no existe ningún procedimiento que permita, con una seguridad intersubjetivamente necesaria llegar en cada caso a una única respuesta correcta. Esto último no obliga, sin embargo, a renunciar a la idea de única respuesta correcta sino que únicamente da ocasión para determinar su estatus con más precisión. El punto decisivo aquí es que los respectivos participantes en un discurso jurídico, si sus afirmaciones y fundamentaciones han de tener un pleno sentido, deben, independientemente de si existe o no una única respuesta correcta, elevar la pretensión de que su respuesta es la única correcta. Esto significa que deben presuponer la única respuesta correcta como idea regulativa. La idea regulativa de la única respuesta correcta no presupone que exista para cada caso una única respuesta correcta. Sólo presupone que en algunos casos se puede dar una única respuesta correcta y que no se sabe en qué casos es así, de manera que vale la pena procurar encontrar en cada caso la única respuesta correcta”. De modo que a diferencia de la corrección sustancial a la que sería capaz de llegar el juez Hércules de Dworkin, en Alexy se propone una corrección como idea regulativa y a la que es posible llegar en un escenario ideal de diálogo, a partir del cumplimiento de las reglas y formas de la argumentación jurídica, teniendo en cuenta que ésta no es más de un caso especial de la argumentación general, caracterizada por la racionalidad, esto es, por el uso de la razón práctica”.*

avocado a que la regla que se aplique a su caso sea distinta a aquella con fundamento en la cual actuó ante la jurisdicción –o a la que estaba vigente en el momento de los hechos materia del litigio-. Así pues, se plantea la tensión entre, por una parte, la expectativa de los justiciables, fundada en el derecho a la igualdad, y, por la otra, la aplicación de una regla jurisprudencial que, por ser resultado del ejercicio argumentativo reforzado que implicaba el separarse del precedente hasta ahora aplicado, aparece como más satisfactoria para resolver el problema jurídico planteado.

Efecto retroactivo y prospectivo de la jurisprudencia.

12. Para resolver esta tensión varios sistemas jurídicos han optado por soluciones que, como el denominado *prospective overruling*, busca posponer la aplicación de la nueva regla jurisprudencial²⁰. En efecto, utilizada por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América de manera paradigmática en 1965²¹, la doctrina del *prospective overruling* supone la modulación de los efectos en el tiempo del cambio jurisprudencial, de modo que este sólo sea aplicable a casos futuros, cuandoquiera que aquel implica graves consecuencias en términos de seguridad jurídica.

12.1. Sin invocarla abiertamente, son varios los países que, en la práctica, la admiten o han terminado por admitirla. Así, para indicar sólo algunos ejemplos, la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de México estima que si bien la jurisprudencia “*no constituye una norma jurídica nueva equiparable a la ley, ya que no cumple con las características de generalidad, obligatoriedad y abstracción*”, razón por la que “*es inconcuso*

²⁰ Es de anotar que esta no es la única estrategia que evita sorprender a los usuarios de la administración de justicia. En efecto, son muchos los sistemas jurídicos en los que los cambios jurisprudenciales pueden anunciarse por la vía de *obiter dictum* insertados en el cuerpo de las providencias o, incluso, en que pueden precaverse por el seguimiento de las opiniones disidentes.

²¹ En efecto, en el caso *Linkletter v. Walker* 381 U.S. 618 (1965), dicha Corporación indicó que el cambio jurisprudencial ocurrido en el caso *Mapp v. Ohio*, 1961, relativo a la imposibilidad de hacer valer pruebas obtenidas con violación de la cuarta enmienda, sólo tendría aplicación para casos posteriores. Lo anterior después de los inconvenientes causados por la gran cantidad de habeas corpus que fueron instaurados por personas condenadas con fundamento en el precedente de *Wolf v. Colorado*, 1949, según el cual la forma de obtención de las pruebas no influía sobre la validez de las mismas.

que al aplicarse, no viola el principio de irretroactividad, consagrado en el artículo 14 constitucional”, esta determinación “tratándose de procedimientos de modificación de jurisprudencia en los que se resuelve abandonar una anterior, no llega al extremo de privar de efectos jurídicos la aplicación que se hubiese hecho de una jurisprudencia superada bajo ese mecanismo, cuando se refiera a la procedencia de algún medio de impugnación, ya que si el interesado se acogió a un criterio que en su momento le resultaba obligatorio para adoptar una vía legal de defensa, la interrupción de la jurisprudencia modificada no debe privarlo de la posibilidad de continuar con una instancia ya iniciada, porque uno de los fines de la jurisprudencia es la seguridad jurídica y sería ilógico que su observancia posterior resulte adversa a los intereses de quien, constreñido por ella, procesalmente optó por ajustar su estrategia defensiva a lo que aquélla le ordenaba”²². Así pues, el cambio jurisprudencial en materia de interposición de recursos no tendría incidencia para quienes, en vigencia del precedente anterior, los tramitaron.

12.2. Por su parte, el Tribunal Constitucional del Perú ha admitido expresamente y desde hace varios años la eficacia prospectiva del precedente vinculante en los siguientes términos:

El Tribunal Constitucional puede disponer excepcionalmente que la aplicación del precedente vinculante que cambia o sustituya uno anterior opere con lapso diferido (vacatio sententiae), a efectos de salvaguardar la seguridad jurídica o para evitar una injusticia insita que podría producirse por el cambio súbito de la regla vinculante por él establecida, y que ha sido objeto de cumplimiento y ejecución por parte de los justiciables y los poderes públicos.

En efecto, la decisión de otorgar expresa y residualmente eficacia prospectiva es establecida por el Tribunal Constitucional, en aras de procesar constructiva y prudentemente la situación a veces conflictiva entre continuidad y cambio en la actividad jurisdiccional de naturaleza constitucional.

La técnica de la eficacia prospectiva del precedente vinculante se propone, por un lado, no lesionar el ánimo de fidelidad y respeto que los justiciables y

²² Novena Época, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXI, enero de 2005, p. 506, No. de registro del Ius 179661. Citado por Alvarado Esquivel, Miguel de Jesús, “Se acabaron los efectos retroactivos de la jurisprudencia?”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, N.º 34, 2012, p. 26-41, disponible en la página del Instituto de la Judicatura Federal del Consejo de la Judicatura Federal: <http://www.ijf.cjf.gob.mx/>. Consultada el 23 de enero de 2017. Para consultar directamente la revista: <http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/34/alvarado.pdf>.

los poderes públicos mostrasen respecto al precedente anterior; y, por otro, promover las condiciones de adecuación a las reglas contenidas en el nuevo precedente vinculante.

Esta decisión de diferir la eficacia del precedente puede justificarse en situaciones tales como el establecimiento de requisitos no exigidos por el propio Tribunal con anterioridad al conocimiento y resolución de la causa en donde se incluye el nuevo precedente; la existencia de situaciones duraderas o de tracto sucesivo; cuando se establecen situaciones objetivamente menos beneficiosas para los justiciables, etc...²³.

12.3. Asimismo, en materias procesales, la Sala Civil del Tribunal Supremo del Poder Judicial en España ha admitido que los cambios de jurisprudencia pueden tener efectos prospectivos. Así, por ejemplo, en una decisión de 2009 en la que estudiaba la competencia de la jurisdicción civil para conocer de las demandas por responsabilidad civil derivada de un accidente laboral, cambió el criterio sostenido hasta entonces en el sentido de indicar que la competencia relevaba de la jurisdicción social; sin embargo, precisó que para las demandas interpuestas antes del cambio operado, dicha Sala mantenía su competencia, con lo que la nueva regla jurisprudencial sólo tendría efectos para las demandas que se interpusieran con posterioridad. El Tribunal, después de insistir en que *“la jurisdicción es un presupuesto procesal absoluto para el válido desarrollo de la relación jurídico procesal y como tal de obligada observancia por su naturaleza de orden público”*, señaló que esto no era suficiente para declarar su falta de jurisdicción en el caso bajo análisis pues, a su juicio, admitir lo contrario iría en contravía de:

...la misma esencia del derecho a la tutela judicial efectiva, pues contrario a esta tutela es que a partir de una interpretación posterior de la normativa, y después de que han pasado más de diez años desde que se interpuso la demanda, se inadmita a trámite en la jurisdicción en la que había sido planteada, pasando absolutamente por alto que este mismo Tribunal, en ocasiones y, precisamente tras ponderar las circunstancias del caso, acuñó la doctrina del peregrinaje enraizando principios procesales con los constitucionalmente protegidos -la tutela judicial efectiva sin indefensión, y la evitación de dilaciones indebidas-²⁴.

²³ EXP. N.º 0024-2003-AI/TC. [Http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00024-2003-AI.html](http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00024-2003-AI.html), consultada el 23 de enero de 2017. Para ver aplicaciones concretas de la técnica, pueden revisarse las siguientes decisiones: 3361-2004-AA/TC, 09084-2006-PA/TC, todas consultables en la página web <http://www.tc.gob.pe/tc/causas/search?nro=0024-2003-AI%2FTC&anio=&accion=TD&dte=&ddo=&codverificacion=>.

²⁴ Sentencia de 11 de septiembre 2009, resolución n.º 587/2009, recurso n.º 1997/2002. Consultable en la página del Consejo Superior del Poder Judicial Español http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial. Consultada el 23 de enero de 2017.

12.4. Con el fin de poner en evidencia que aun en países de tradición fuertemente legalista, en los que se ha insistido en que la labor del juez se limita a interpretar las normas vigentes o a ser, como en su momento señaló Montesquieu, la boca de la Ley, se ha admitido la necesidad de buscar alternativas para paliar los efectos indeseados de la aplicación inmediata y por ende, retroactiva de la jurisprudencia, vale la pena destacar el ejemplo de la Corte de Casación francesa que, por iniciativa de su presidente, solicitó la constitución de un grupo de trabajo, bajo la dirección de un reconocido profesor universitario, para la realización de un reporte sobre las incidencias de la aplicación en el tiempo de los cambios de jurisprudencia y sobre los medios para aminorar sus efectos en ciertas hipótesis²⁵. De acuerdo con el denominado *Reporte Molfessis*, rendido el 30 de noviembre de 2004 y publicado el año siguiente²⁶, aunque era recomendable la modulación de los efectos en el tiempo de algunos cambios de jurisprudencia, el principio que debía imperar era el de su aplicación inmediata, en la medida en que la mayor parte de dichos cambios no desconocían las previsiones legítimas de los justiciables y, en consecuencia, propuso que fuera una composición especial de la Corte, léase, su Sala Plena, quien decidiera sobre la necesidad de postergar los efectos del cambio operado.

12.4.1. Es así como el 21 de diciembre de 2006, la Sala Plena de dicha Corporación, en un asunto relativo a la interrupción de la prescripción de una acción, concluyó que a partir del momento en que la aplicación en la instancia en curso, esto es, retroactiva, de la regla de prescripción resultante del cambio jurisprudencial operado conducía a privar a la parte perjudicada de un proceso equitativo, en el sentido del artículo 6.1 de la

²⁵ Es de recordar que dicha reflexión no puede ser entendida plenamente sin la presión de la entonces Corte de Justicia de las Comunidades Europeas y de la Corte Europea de Derechos Humanos quienes desde 1976 y 1979, respectivamente, hacían uso de esta técnica. La primera indicando que era a título excepcional y sólo por "*imperiosas razones de seguridad jurídica*" (CJCE, 8 de abril de 1976, *Defrenne*, aff. 43/75; 15 de enero de 1986, *Pinna I*, aff. 41/84 y 17 de mayo de 1990, *Barber*, aff. C. 262/88) y la segunda con fundamento en el principio de seguridad jurídica, necesariamente inherente al derecho de la Convención EDH como al derecho comunitario y en el entendimiento dado al derecho a un proceso equitativo, consagrado en el artículo 6 de la Convención EDH (CEDH, 13 de junio de 1979, *Marckx*; 29 nov. 1991, *Vermeire*).

²⁶ *Les revirements de jurisprudence. Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet*, LexisNexis, Paris, 2005, 193 pp.

Convención Europea de Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, en tanto le negaba el derecho al recurso a la administración de justicia –en nuestros términos, al acceso a la administración de justicia-, la decisión de segunda instancia –proferida al amparo de la jurisprudencia precedente- no podía casarse²⁷, con lo que el cambio jurisprudencial sólo tendría efectos prospectivos. Luego de esta decisión, cada una de las Salas de esa alta corte se ha pronunciado de manera autónoma sobre el particular observándose que, por ejemplo, en la Social, se admite la prospectividad de los cambios jurisprudenciales cuando se trata de garantizar el acceso a la administración de justicia de una persona, esto es, cuando la aplicación de la nueva regla jurisprudencial conllevaría a privarla de recursos instaurados con anterioridad²⁸, pero no así cuando se trata de juzgar temas sustanciales, asuntos en los cuales se repiten considerandos clásicos según los cuales el derecho a un proceso equitativo no implica un derecho a la inmutabilidad de la jurisprudencia, en tanto que hace parte del oficio del juez garantizar la evolución jurisprudencial; posición que fue criticada por la doctrina en tanto se abstuvo de tener en cuenta los diferentes antecedentes que, en derecho comparado, particularmente, en derecho europeo, decidían sobre la cuestión de la modulación en el tiempo de los efectos de un cambio jurisprudencial, a partir de la consideración de la totalidad de consecuencias que implica, incluyendo las económicas²⁹.

12.5. Por último es de señalar que, en Colombia, la regla general ha sido la de la aplicación inmediata y, por ende, retroactiva de la jurisprudencia³⁰. No

²⁷ Boletín de Sala Plena n.º 15 –Ley sobre la prensa-.

²⁸ Cass. soc., 26 mai 2010 : *Dr. soc.* 2010, p. 826.

²⁹ Ver, por ejemplo, Christophe Radé, « La chambre sociale de la Cour de cassation et la modulation dans le temps des effets des revirements de jurisprudence », *Droit social*, 2010, p. 1150.

³⁰ Aunque no hay que dejar de lado que, desde muy temprano en el ejercicio de sus funciones, la Corte Constitucional reconoció la facultad de modular en el tiempo los efectos de sus decisiones sobre la inexecutable de las leyes como una potestad derivada del mismo texto de constitucional que le confía la guarda de su integridad y supremacía, lo que la habilita a que, con fundamento en las mismas normas constitucionales, estudie en cada caso si puede retardar los efectos de la declaratoria de inexecutable proferida (ver, por ejemplo, sentencia C-113 de 1993, M.P. Jorge Arango Mejía), hipótesis que aunque no se refiere directamente a los efectos de la jurisprudencia y, menos aun, de los cambios jurisprudenciales, sino que tiene que ver con la teoría de los actos jurídicos, en este caso, de la ley, y su desaparición del ordenamiento jurídico, no

obstante, existe al menos un caso en el que, confrontada a decisiones contradictorias de distintas secciones en torno a la acción procedente para obtener la indemnización debida por la mora en el pago de cesantías definitivas, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, después de aclarar que en esos casos la acción procedente era la de nulidad y restablecimiento del derecho, previo agotamiento de la vía gubernativa, consideró que *“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”*³¹, consideración de la que se desprende, sin duda alguna, que la unificación jurisprudencial operada sólo tendría efectos prospectivos, es decir, para las demandas que se interpusieran con posterioridad a la decisión.

12.5.1. Asimismo, desde el año 2013 la Sección Quinta de la Corporación ha proferido decisiones en las que, pese a concluir sobre la necesidad de operar cambios jurisprudenciales sobre el entendimiento de puntos de derecho en materia electoral, se ha abstenido de aplicarlos a los casos concretos con fundamento expreso o tácito en el principio de confianza legítima³². En esa línea el 7 de junio de 2016 profirió un fallo que, calificado expresamente como de unificación jurisprudencial³³, resolvió el caso bajo

deja de tener un parecido de familia con el tema que aquí se aborda en tanto dicha desaparición ocurre por efecto de, justamente, una interpretación jurisprudencial. Ahora bien, no cabe duda que, en tanto se conciben como cambios en las reglas jurídicas aplicables a un caso concreto –así sean reglas jurídicas extraídas por vía interpretativa–, los cambios jurisprudenciales y su aplicación en el tiempo deberían abordarse como un apartado más de un estudio general sobre los efectos temporales de las disposiciones normativas.

³¹ Sentencia de 27 de marzo de 2007, exp. 76001-23-31-000-2000-02513-01(IJ), C.P. Jesús María Lemos Bustamante.

³² La sentencia inaugural sobre el tema fue la proferida el 12 de septiembre de 2013, exp. 2011-00775, C.P. (E) Alberto Yepes Barreira. Luego se profirieron las decisiones de 26 de marzo y 9 de abril de 2015, exp. 2014-00034 y 2011-00061, con ponencia de los magistrados Alberto Yepes Barreiro, en calidad de encargado, y Susana Buitrago Valencia, respectivamente.

³³ Exp. 110010328000 2015-00051 00, C.P. Alberto Yepes Barreiro. A través de esta providencia se resolvió una acción de nulidad electoral instaurada contra el acto mediante el cual se declaró electa a la señora Oneida Pinto como gobernadora de La Guajira para

análisis con base en la jurisprudencia hasta entonces vigente y, sin embargo, indicó como “*jurisprudencia anunciada electoral y, por tanto, precedente para la resolución de futuras controversias electorales*” el cambio que en la misma sentencia se realizaba en torno a: i) la definición del extremo temporal inicial de la incompatibilidad prevista, para alcaldes y gobernadores, en los artículos 31.7 y 32 y 38.7 y 39 de la Ley 617 de 2000; y ii) el alcance de la aplicación del principio *pro homine* en materia electoral.

12.5.1.1. Sin embargo, debe anotarse que en esta providencia no se explicaron las razones por las cuales se optó por la aplicación prospectiva del cambio jurisprudencial operado y, adicionalmente, no se resolvieron los interrogantes que, en el marco de la tensión en la cual surge la necesidad de aplicar esta técnica, se plantean en torno al momento en que debe operar la prospectividad³⁴.

12.5.1.2. En efecto, prolífica en las razones por las cuales era necesario cambiar el precedente fijado a propósito del momento en el cual debía empezar a computarse el término de incompatibilidad fijado por los artículos 31.7 y 32 y 38.7 y 39 de la Ley 617 de 2000 para los alcaldes y gobernadores, la providencia a que se hace referencia se abstiene de señalar las razones por las cuales se estimó que la nueva regla jurisprudencial no podía ser aplicada al caso bajo análisis y ello pese a que, dadas las particularidades del mismo, dicha aplicación no habría cambiado el sentido de la decisión adoptada³⁵, es decir, no habría tenido ninguna

el período constitucional 2016-2019, por violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

³⁴ Aunque es de anotar que en las decisiones anteriores, antes reseñadas, sí se respondía a dichos interrogantes. Así, en la decisión de 12 de septiembre de 2013 se insiste ampliamente sobre la aplicación del principio de confianza legítima mientras que en la de 9 de abril de 2015 se realiza un juicio de ponderación para determinar la conveniencia de aplicar inmediatamente o no la regla jurisprudencial cambiada; de la misma manera en esos fallos se pone de presente que la jurisprudencia que debe aplicarse es la vigente en el momento de la materialización de los hechos -y no de la presentación de la demanda-, lo cual se explicaría por la naturaleza de los asuntos sometidos a la jurisdicción -nulidades electorales resultantes de la violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades-.

³⁵ Comoquiera que, en todo caso, de acuerdo con las reglas jurisprudenciales vigentes, la elección de la señora Oneida Pinto como gobernadora de La Guajira para el período 2016-2019 debía anularse por vulneración de la prohibición relativa a no haber ejercido ningún cargo de elección popular dentro de los 12 meses antes a su inscripción como

incidencia en la situación de la persona principalmente afectada por la nulidad.

Criterios para resolver la tensión retroactividad-prospectividad de la jurisprudencia.

13. Sin constituir una investigación exhaustiva sobre el tema, estos ejemplos ilustran claramente la necesidad creciente de que los jueces consideren las consecuencias de la aplicación inmediata de los cambios jurisprudenciales que operen y no sólo la conveniencia de los mismos, así como las razones que permitirían determinar que dichas consecuencias son indeseables desde el punto de vista del ordenamiento jurídico y, de ser el caso, los mecanismos que serían necesarios para evitarlas. Todo ello teniendo bien definidos los supuestos en los que deben realizarse estas consideraciones, es decir, aquéllos en los que se está frente a una auténtica variación de la regla jurisprudencial.

13.1. En efecto, al margen de que, como ya se explicó, en cumplimiento del ideal regulativo de encontrar la mejor respuesta posible, los jueces y, particularmente, los órganos de cierre en sus respectivas jurisdicciones, tengan la facultad de cambiar el precedente fijado en un punto de derecho, cumpliendo con la carga argumentativa requerida para justificarlo y teniendo en cuenta que esta es reforzada en tanto que el precedente, únicamente por el hecho de serlo, tiene un peso mayor al que tendría el fundado en una argumentación alternativa, peso que naturalmente habría que desvirtuar; operado aquél, esto es, fijada la nueva regla, dichos órganos judiciales no pueden ser ajenos a las consecuencias que la aplicación inmediata de esa regla conlleva. Al contrario, la trascendencia innegable que esos cambios tienen para quienes acceden a la administración de justicia desafía a los jueces, en especial a quienes tienen la facultad de cambiar los precedentes aplicables, es decir, los órganos de cierre de las jurisdicciones, a que se

candidata a la gobernación, la nueva regla establecida en torno a que el término inicial de dicha incompatibilidad debía contarse no desde la aceptación de la renuncia al cargo de elección popular, sino desde el momento en que culminaba el período para el cual la persona fue elegida, en nada cambiaba la situación de la entonces gobernadora que, en todo caso, se encontraba incurso en la causal de incompatibilidad.

interroguen sobre el particular.

13.2. En el marco del modelo del Estado Social y Democrático de Derecho, adoptado en Colombia por la Constitución Política de 1991, este desafío adquiere el carácter de obligación en tanto que los jueces están en el deber de asumir un rol proactivo en la defensa de los contenidos constitucionales³⁶ y, como se explicó, algunos de estos pueden resultar seriamente afectados por la aplicación inmediata y, por ende, retroactiva de la nueva regla jurisprudencial; de allí que el juez deba ser garante del texto constitucional no sólo cuando adopta la decisión mediante la cual la fijará, sino a la hora de precaver los efectos que la aplicación de la misma conlleva para el caso en el cual se establece y para los que se resolverán con posterioridad.

13.3. En esta perspectiva es necesario interrogarse entonces sobre la regla que, en materia de aplicación de cambios jurisprudenciales –efectos inmediatos y, por ende, retroactivos o prospectivos-, mejor garantizaría los contenidos constitucionales que el juez está en la obligación de proteger y, dado el caso, las circunstancias en las cuales habría lugar a aplicar la excepción. Al respecto se tiene que, en principio y en tanto supone que la solución dada al caso concreto se estima mejor a aquella en la que se fundaba el precedente, esto es, en mayor acuerdo con el ordenamiento jurídico, más aun cuando es establecida expresamente como de unificación de jurisprudencia, la nueva regla jurisprudencial debería aplicarse de manera inmediata, salvo que dicha aplicación afecte de modo tal el derecho a la igualdad, al debido proceso, a la defensa o principios como el de la seguridad jurídica u otros consagrados por el mismo ordenamiento, que el costo resulte abiertamente desproporcionado en relación con las razones que justificaron el cambio, caso en el cual sería necesario optar por fijarle efectos prospectivos que, establecidos para cada situación, eviten las consecuencias indeseables desde el punto de vista del ordenamiento jurídico.

³⁶ Sobre el papel de los jueces en el Estado Social y Democrático de Derecho pueden consultarse, las sentencias C-836 de 2001 y T-392 de 2010, entre muchas otras.

13.4. Adoptar la posición contraria, esto es, aquella según la cual la regla general en materia de cambios jurisprudenciales debe ser la de su aplicación prospectiva implicaría que en escenarios de congestión como los que lamentablemente se presentan en buena parte de despachos judiciales, dentro de los cuales se encuentran varios órganos de cierre de las respectivas jurisdicciones, aquéllos no puedan operar sino varios años después de que hayan sido fijados, lo que podría retardar notablemente la evolución jurisprudencial implícitamente buscada con la estructura institucional establecida por la Constitución Política de 1991, sin que en todos los casos se evidencien razones que así lo justifiquen. En efecto, al consagrar que los magistrados que conforman dichos órganos de cierre son elegidos para períodos de 8 años (artículo 233 de la C.P.), la Carta Magna optó por un modelo de justicia caracterizado por una evolución jurisprudencial más rápida de la que se produciría naturalmente de haberse consagrado períodos vitalicios, de allí que, en principio y salvo que se presenten circunstancias que, como las relatadas en el párrafo precedente, justifiquen posponer los efectos del cambio operado, la aplicación inmediata y, por ende, retroactiva del mismo responde mejor al objetivo institucional implícito a los períodos establecidos para la magistratura en los órganos de cierre de las jurisdicciones, a saber, el garantizar no sólo un examen relativamente frecuente de lo bien fundado de las reglas jurisprudenciales establecidas en un punto concreto de derecho y, de ser el caso, su renovación, sino el que esta última tenga una pronta repercusión en las realidades sociales en las intervienen las decisiones de justicia, lo que sin lugar a dudas redundaría en beneficio de una mayor sintonía entre aquellas – las realidades sociales-, tal como han evolucionado naturalmente por el mero paso del tiempo, y estas últimas –las decisiones-, evitando así soluciones que, so pretexto de estar completamente fundadas en el ordenamiento jurídico, tal como era interpretado en un tiempo pretérito, resulten anacrónicas para el momento en que son proferidas.

13.5. En este punto vale la pena insistir en que aunque hoy por hoy no puede desconocerse que, en su tarea de adjudicación, los jueces y, en particular, los órganos de cierre de las jurisdicciones, fijan reglas que

completan y concretan el ordenamiento jurídico y, en ese sentido, cumplen un papel importante en la creación normativa, tampoco puede perderse de vista que, en tanto resultan de una actividad que se confronta diariamente a la necesidad de aterrizar las disposiciones del ordenamiento para los casos particulares, considerando las circunstancias específicas de cada situación, las reglas jurisprudenciales establecidas no tienen la misma envergadura ni rigidez de otras fuentes del derecho como la ley, por lo que mal podría concluirse que los principios que rigen la aplicación de esta última deban operar de la misma manera para aquellas. Al contrario, a partir de la constatación de las diferencias, en particular, del hecho de que las reglas jurisprudenciales surgen de interpretaciones normativas realizadas para casos concretos y de que sean estos últimos los que desafíen a interrogarse sobre su corrección o sobre la necesidad de cambiarlas, es posible concluir que la regla que en materia de determinación de sus efectos mejor se acompasa con su naturaleza es la de su aplicación inmediata, y por ende, retroactiva, salvo que, se insiste, dicha aplicación conlleve consecuencias indeseables a la luz de los principios, valores y derechos consagrados por el ordenamiento jurídico.

13.6. Es por virtud de esta lógica que, como lo muestran los ejemplos reseñados tanto de derecho comparado como nacional, cuando ha surgido explícitamente la pregunta por los efectos de un cambio jurisprudencial, la regla general por la que se ha optado es por la de su aplicación inmediata, siendo la excepción la prospectividad; esquema que, sin lugar a dudas, permite una mejor consideración del momento a partir del cual debe posponerse la aplicación de la regla jurisprudencial decantada. Efectivamente, de admitirse que la regla general en materia de cambios jurisprudenciales fuera la prospectividad de sus efectos, en previsión de las situaciones en las cuales los jueces no establecieran el momento en que el cambio empezaría a tener aplicación, sería necesario fijarlo de antemano; no obstante, la adopción de una decisión en ese sentido no es sencilla en la medida en que, para que el aplazamiento de los efectos del cambio tenga la repercusión buscada, esto es, evitar que traiga consigo consecuencias indeseables desde el punto de vista de la seguridad jurídica, la confianza

legítima o la protección de derechos fundamentales como el del debido proceso, la defensa y la igualdad u otros derechos consagrados, no basta con que la prospectividad se fije para casos futuros –pues bien puede ocurrir que los mismos ya estén siendo tramitados por la jurisdicción y/o en estadios en los que no sea posible tomar acto del cambio, con lo que también se sorprendería a los justiciables-, o para los casos que se presenten con posterioridad ante la jurisdicción –porque el cambio bien puede referirse a situaciones en las que lo determinante no es la regla aplicable al momento de acceder a la administración de justicia, sino aquella con base en la cual se actuó, antes de la existencia del litigio-. Así pues, es sólo en consideración a las circunstancias particulares de cada caso que podría determinarse adecuadamente -esto es, en la atención precisa que requiere el evitar que el cambio cause traumatismos incompatibles con el ordenamiento- el momento a partir del cual dicho cambio debería empezar a operar; de allí que sea más indicado adelantar esta reflexión en el marco de la prospectividad como excepción y no en uno en el que esta se plantee como la regla general en materia de aplicación de cambios jurisprudenciales.

13.7. Se tiene entonces que, en principio, estos últimos deben ser de aplicación inmediata, salvo que, a la luz de un juicio de ponderación de los derechos y principios constitucionales en pugna, se concluya que la misma contraría principios, valores y derechos consagrados por el ordenamiento jurídico, esto es, que dicha aplicación implica consecuencias constitucionalmente inadmisibles, de modo que sólo en este último caso sería necesario poner en práctica mecanismos que, como la modulación en el tiempo de los efectos de la decisión, eviten o temperen dichas consecuencias. Es precisamente lo que ocurrió en la providencia de 27 de marzo de 2007 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, antes citada, en donde, en un proceso cuyo conocimiento se asumió por razones de importancia jurídica³⁷, la máxima instancia de lo Contencioso Administrativo, sin mayores desarrollos, pero

³⁷ Es de señalar que, en los términos del artículo 270 de la Ley 1437 de 2011, esta providencia debe ser tenida como de unificación jurisprudencial.

dejando clara la prevalencia del respeto a la seguridad jurídica y, en particular, el derecho al acceso a la administración de justicia, constitucionalmente consagrado, definió que la regla jurisprudencial allí adoptada no afectaría las demandas en curso, esto es, que sólo tendría efectos para las demandas presentadas con posterioridad.

13.8. Esta decisión pone en evidencia que, por ejemplo, la aplicación inmediata de cambios jurisprudenciales que restrinjan el acceso a la administración de justicia allí donde los precedentes vigentes legitimaban a los justiciables a esperar que sus pretensiones serían estudiadas en sede jurisdiccional constituye uno de esos eventos en los que, por justificado que esté, el cambio automático conlleva consecuencias constitucionalmente inaceptables y, por lo tanto, se hace necesario modular en el tiempo sus efectos. Lo mismo podría afirmarse en situaciones en las que: i) las partes en un litigio hayan fundado sus pretensiones o defensa, según el caso, única y exclusivamente en el precedente vigente al momento de su actuación ante la jurisdicción; ii) lo bien fundado de dicho precedente no haya sido cuestionado en el trámite del proceso; y iii) el cambio opere en un estadio procesal en el que resulte imposible reconducir las pretensiones o replantear la defensa pues, en esas circunstancias, la aplicación de la nueva regla jurisprudencial no sólo sorprendería a las partes sino que, de facto y sin posibilidades de reformular los términos del litigio, dejaría sin sustento la posición jurídica defendida por una de ellas.

13.9. Ahora bien, aunque el principal llamado a realizar el juicio de ponderación propuesto y, de ser el caso, a determinar el mecanismo a través del cual se velaría porque la aplicación de la nueva regla jurisprudencial no afecte de manera desproporcionada principios y derechos constitucionales, sería el mismo juez que la fija, en los casos en que se haya abstenido de hacerlo, los demás operadores de justicia, también obligados a hacer prevalecer la superioridad de la Constitución Política, podrían determinar que, en una situación concreta, la aplicación de la misma desatendería injustificadamente los postulados superiores y, en consecuencia, después de cumplir con la exigente carga argumentativa que

les incumbiría por apartarse de la regla tácita de su aplicación inmediata, podrían decidir, fundadamente, que el cambio jurisprudencial invocado no tiene efectos para el caso sometido a su consideración³⁸.

13.10. Es importante señalar que todo lo dicho hasta aquí supone verificar previamente que, por una parte, existía una regla jurisprudencial clara y de aplicación si no uniforme al menos sí mayoritaria -y no sólo un pronunciamiento insular sobre el mismo punto- y, por la otra, que dicha regla realmente cambió, esto es, que constituye una auténtica modificación de la precedente, pues bien puede ocurrir que no sea más que una subregla de la anterior, establecida en atención a circunstancias fácticas particulares, o que, siendo radicalmente distinta, sea el producto de cambios normativos, casos en los cuales el justiciable no podía esperar, legítimamente, que se le aplicara el precedente pretendido. En efecto, para hablar de un cambio jurisprudencial es necesario constatar que, sobre el mismo punto de derecho y sin que mediaran cambios en el ordenamiento jurídico que así lo justificaran, se adoptó una regla sustancialmente diferente a la que venía aplicándose, de manera generalizada, y que implica que el problema jurídico planteado a la jurisdicción sea resuelto de manera opuesta a como venía haciéndose. Es sólo en este escenario en que podría advertirse la vulneración a los derechos y principios constitucionales que daría lugar a modular la aplicación de la regla jurisprudencial últimamente fijada.

13.11. A manera de síntesis sobre el tema vale la pena destacar lo siguiente: i) los cambios jurisprudenciales plantean una delicada tensión entre la prerrogativa de los órganos de cierre del sistema jurídico de reevaluar los precedentes jurisprudenciales fijados y la inseguridad jurídica que pueden representar para los justiciables sorprendidos por el cambio; ii) en un entendimiento clásico de la labor judicial, se ha dicho que, en tanto interpretativas de los textos vigentes, las reglas jurisprudenciales son necesariamente retroactivas; iii) no obstante, dada la admisión de la importancia de respetar el precedente judicial como materialización del

³⁸ Es de señalar que, por obvias razones, la carga argumentativa de apartarse del precedente fijado en una sentencia de unificación jurisprudencial es aun mayor dado que el carácter vinculante de estas últimas es reforzado.

derecho a la igualdad de los ciudadanos delante de la ley, los cambios del mismo bien pueden defraudar las expectativas legítimas fundadas en su aplicación; iii) es frente a esta tensión que en varios sistemas jurídicos y, aun en algunas decisiones de esta Corporación, se ha puesto en práctica la técnica consistente en posponer en el tiempo los efectos de los cambios operados o, dicho en otros términos, modular dichos efectos; iv) esos ejemplos ponen en evidencia la necesidad de que los jueces consideren las consecuencias de los cambios jurisprudenciales que realicen y no sólo la conveniencia de operar dichos cambios; v) en Colombia la consideración de esos efectos es una exigencia impuesta por el modelo de Estado adoptado constitucionalmente en tanto supone que los jueces asuman un papel proactivo en la defensa de los contenidos constitucionales lo cual se materializa no sólo en la motivación y sentido de sus decisiones sino a la hora de precaver las consecuencias de las mismas; vi) en tanto supone que la solución dada al caso concreto se aviene mejor a aquella en la que se fundaba el precedente, esto es, en mayor acuerdo con el ordenamiento jurídico, más aun cuando es establecida expresamente como de unificación de jurisprudencia, la nueva regla jurisprudencial resultante del ejercicio argumentativo reforzado que requiere el cambio de un precedente debería aplicarse de manera inmediata, salvo que dicha aplicación afecte de modo tal el derecho a la igualdad, al debido proceso, a la defensa o principios como el de la seguridad jurídica u otros consagrados por el mismo ordenamiento, que el costo resulte abiertamente desproporcionado en relación con las razones que justificaron el cambio, caso en el cual sería necesario optar por fijarle efectos prospectivos que, establecidos para cada situación, eviten las consecuencias indeseables desde el punto de vista del ordenamiento jurídico; vii) esta regla: a) responde mejor al objetivo institucional implícito a los períodos establecidos para la magistratura en los órganos de cierre de las jurisdicciones, a saber, el garantizar no sólo un examen relativamente frecuente de lo bien fundado de las reglas jurisprudenciales establecidas en un punto concreto de derecho y, de ser el caso, su renovación, sino el que esta última tenga una pronta repercusión en las realidades sociales en las intervienen las decisiones de justicia; b) se adecúa mejor a la naturaleza particular que tienen las reglas

jurisprudenciales como fuentes de derecho; y c) permite una mejor consideración de las circunstancias que deben tenerse en cuenta para fijar el momento para el cual debe posponerse la aplicación de una nueva regla jurisprudencial; viii) en principio es el mismo órgano jurisprudencial que opera el cambio el llamado a explicitar el juicio de ponderación a la luz del cual sea necesario optar por una aplicación prospectiva de dicho cambio; no obstante, si se abstiene de hacerlo, los demás jueces, también obligados a hacer prevalecer la superioridad de la Constitución Política, podrían determinar que, en una situación concreta, la aplicación de la misma desatendería injustificadamente los postulados superiores y, en consecuencia, después de cumplir con la exigente carga argumentativa que les incumbiría por apartarse de la regla tácita de su aplicación inmediata, podrían decidir, fundadamente, que el cambio jurisprudencial invocado no tiene efectos para el caso sometido a su consideración. Finalmente, todo lo dicho hasta aquí supone la verificación previa de que se está frente a un auténtico cambio jurisprudencial, esto es, la constatación de que: i) sobre el mismo punto de derecho y sin que mediaran cambios en el ordenamiento jurídico que así lo justificaran, se adoptó una regla sustancialmente diferente a la que venía aplicándose, de manera generalizada; y ii) la aplicación de dicha regla implica que el problema jurídico planteado a la jurisdicción sea resuelto de manera opuesta a como venía haciéndose hasta ese momento.

Caso concreto y retroactividad de la jurisprudencia.

14. Se advierte que la decisión adoptada por la Sección Tercera en sentencia de unificación de 25 de septiembre de 2013 constituyó un auténtico cambio en la regla jurisprudencial hasta entonces vigente sobre el tema, pues fue producto de una reinterpretación de las reglas que regían la capacidad de los consorcios y uniones temporales de comparecer, a través de sus representantes, a los *“procesos judiciales que pudieren tener origen en controversias surgidas del mencionado procedimiento administrativo de selección de contratistas o de la celebración y ejecución del contrato estatal*

*respectivo –legitimatío ad processum–*³⁹, reinterpretación que conllevó a adoptar una regla de decisión radicalmente distinta a la aplicada de manera generalizada hasta ese momento⁴⁰.

14.1. Ahora, aunque en dicha providencia no se desarrollaron consideraciones explícitas en torno a los efectos de este cambio jurisprudencial, quedó claro que estos eran inmediatos no sólo porque así se desprende del texto⁴¹, sino porque fue con fundamento en la nueva tesis que se resolvió el caso bajo análisis⁴².

14.2. En este escenario corresponde al despacho establecer si, aplicada al *sub judice*, la nueva regla jurisprudencial implica o no consecuencias constitucionalmente indeseables y al respecto es de señalar que en la

³⁹ Así, en esa decisión se sostuvo que si bien a la luz del artículo 44 del Código de Procedimiento Civil sólo las personas naturales o jurídicas tenían capacidad para comparecer a un proceso, dicha condición no había sido consagrada como una exigencia de carácter absoluto, toda vez que el mismo ordenamiento procesal estableció excepciones. También se indicó que, como lo ha sostenido de manera constante la Corte Suprema de Justicia y como se desprende de las disposiciones legales que regulan el proceso contencioso administrativo, *“la capacidad para comparecer en juicio no se encuentra, en modo alguno, supeditada al requisito de la personalidad jurídica”* y, finalmente, después de un análisis detallado de las disposiciones de la Ley 80 de 1993 –normativa especial y posterior en relación con el Código de Procedimiento Civil y, por lo tanto, de aplicación preferente–, se concluyó que la capacidad atribuida a los consorcios y uniones temporales para celebrar contratos, incluía también aquella de comparecer en juicio.

⁴⁰ En la misma providencia se reconoció este carácter cuando se indicó que *“...mayoritariamente, hasta ahora, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, cuando ha resultado necesario abordar el estudio de casos en los cuales en uno de los extremos de la litis se ubica un Consorcio o alguno(s) de sus integrantes, ha señalado que habida consideración de que el Consorcio –al igual que la Unión Temporal– carece de personalidad jurídica, no puede ser tomado como sujeto de derecho apto para comparecer en un proceso jurisdiccional, así éste guarde relación con algún litigio derivado de la celebración o de la ejecución del contrato estatal respectivo”*.

⁴¹ Se dijo en la providencia: *“En consecuencia, a partir del presente proveído se concluye que tanto los consorcios como las uniones temporales sí se encuentran legalmente facultados para concurrir, por conducto de su representante, a los procesos judiciales que pudieren tener origen en controversias surgidas del procedimiento administrativo de selección de contratistas o de la celebración y ejecución de los contratos estatales en relación con los cuales tengan algún interés....”*.

⁴² Es de recordar que, en esa oportunidad se conocía del recurso de apelación interpuesto contra una sentencia mediante la cual se había declarado la falta de legitimación en la causa por pasiva del consorcio Glonmarex en tanto que no se trataba de una persona jurídica diferente de las sociedades que lo integran, de modo que mal podría ser representado en juicio como si se tratara de un sujeto de derecho; sin embargo, luego de la reinterpretación de la normativa vigente sobre el particular, se decidió, con fundamento en la nueva regla jurisprudencial, que dicho consorcio sí estaba legitimado en la causa por pasiva, razón por la cual la mayoría de la Sección Tercera revocó la sentencia de primera instancia y conoció de fondo las pretensiones de la demanda.

medida en que aquella tuvo por efecto ampliar las posibilidades de que la aquí demandante accediera a la administración de justicia, sin que pueda afirmarse que, en el caso concreto, ello haya traído afectaciones injustificadas a los intereses de la demandada, este despacho no advierte razones que justifiquen el apartarse del precedente fijado en la sentencia de unificación de jurisprudencia de 25 de septiembre de 2013 y, por lo tanto, concluye que hizo bien el *a quo* al declarar, con fundamento en el mismo, no probada la excepción de “*falta de legitimación en la causa para demandar de quien se presenta como sujeto activo de la litis*”, propuesta por el departamento del Atlántico.

14.3. En efecto, no cabe duda que al admitir que “*tanto los consorcios como las uniones temporales sí se encuentran legalmente facultados para concurrir, por conducto de su representante, a los procesos judiciales que pudieren tener origen en controversias surgidas del procedimiento administrativo de selección de contratistas o de la celebración y ejecución de los contratos estatales en relación con los cuales tengan algún interés, cuestión que de ninguna manera excluye la opción, que naturalmente continúa vigente, de que los integrantes de tales consorcios o uniones temporales también puedan, si así lo deciden y siempre que para ello satisfagan los requisitos y presupuestos exigidos en las normas vigentes para el efecto, comparecer a los procesos judiciales –bien como demandantes, bien como demandados, bien como terceros legitimados o incluso en la condición de litisconsortes, facultativos o necesarios, según corresponda–*”, la regla fijada en la providencia de unificación de jurisprudencia del 25 de septiembre de 2013 amplió el espectro de posibilidades para que los involucrados en litigios de naturaleza precontractual o contractual con el Estado, pudieran acudir al juez para que decidiera la situación jurídica planteada, esto es, con posibilidades reales de que sus recursos judiciales sean efectivos, lo cual redundaría en la materialización de la garantía constitucional al acceso a la administración de

justicia⁴³.

14.4. Ahora bien, teniendo en cuenta que esta nueva regla jurisprudencial se aplica en sede de audiencia inicial del proceso, especialmente prevista para sanear los vicios que se hubieren presentado⁴⁴, y que con su aplicación no se hizo nugatorio el derecho de defensa de la entidad demandada, en tanto que la contestación de la demanda presentada por esta última no se fundó única y exclusivamente en la formulación de la excepción de falta de legitimación en la causa para demandar y que, en todo caso, de haberlo hecho, esa no sería una razón suficiente para dejar sin efectos el efecto inmediato de la regla jurisprudencial adoptada en sentencia de unificación por el órgano de cierre en la materia en tanto que ello implicaría que, en la resolución del litigio, se le diera prevalencia a un aspecto procedimental sobre el sustancial consistente en abordar la controversia contractual suscitada, en abierta contravía del mandato consignado en el artículo 228 de la Constitución Política, este despacho concluye que la excepción formulada estuvo bien denegada.

En mérito de lo expuesto, se

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión adoptada en la audiencia inicial de 2 de abril de 2014, mediante la cual el magistrado a cargo del expediente en el Tribunal Administrativo del Atlántico, declaró impróspera la excepción de *“falta de legitimación en la causa para demandar de quien se presenta como sujeto activo de la litis”* formulada por el apoderado del departamento del Atlántico.

⁴³ Sobre este tema pueden consultarse con interés las sentencias de la Corte Constitucional T-553 de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz y C-1195 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁴⁴ En ese sentido este caso es distinto a aquél que fue resuelto por el pleno de la Sección Tercera mediante la providencia de 25 de septiembre de 2013 en tanto que allí la demandada formuló la excepción de *“inexistencia de la demandante”* desde la contestación de la demanda y la misma no fue denegada sino hasta la sentencia, como lo preveía el ordenamiento procesal entonces vigente.

SEGUNDO. DEVOLVER el expediente al despacho de origen para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DANILO ROJAS BETANCOURTH