

**EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA Y LA EXTENSIÓN DE LA
JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO**

Jairo Enrique García Olaya

Universidad Militar Nueva Granada

Facultad de Derecho

Bogotá DC, Colombia

2013

**EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA Y LA EXTENSIÓN DE LA
JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO**

Jairo Enrique García Olaya

Tesis para optar al título de Magíster en Derecho Administrativo

Director:
Héctor Fernando Castro Alarcón

Universidad Militar Nueva Granada

Facultad de Derecho

Bogotá DC, Colombia

2013

Nota de aceptación

Firma del Presidente del Jurado

Firma del Jurado

Firma del Jurado

Dedico este trabajo:

A la memoria de mi Padre (q.e.p.d.) Eduardo García Sarmiento por ser siempre y en todo momento mi faro de guía e inspiración.

A mí adorada esposa, Andrea Catherine por su inconmensurable amor, por su bondad y comprensión en todo momento.

Por supuesto, a mis hermosas hijitas, Carito y María Pao, razón de ser de mi existencia.

Agradecimientos

Al Señor Decano de la Facultad de Derecho, Dr. Héctor Fernando Castro Alarcón por su dirección y disposición en este trabajo

Al Señor Director de Posgrados, Coronel ® Carlos Kennedy Veloza Lancheros por su invaluable colaboración.

Resumen

La ley 1437 de 2011 (CPACA) incluyó la figura de la “Extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado”, con el propósito de brindar a la comunidad, entre otros, el respeto a postulados constitucionales como el de igualdad de trato y el de seguridad jurídica. Sin embargo, el punto de inicio de este trabajo exploratorio sostiene lo contrario. Partiendo de ello, la hipótesis a defender es que no les genera seguridad jurídica a quienes acuden a la administración solicitando la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado, entre otras razones, porque mientras no se elaboren sentencias absolutamente diáfanas en precisar qué constituye idéntica situación fáctica y jurídica, las autoridades administrativas no tendrán la certeza de si deben o no hacer extensiva la jurisprudencia, propiciando de esta manera inseguridad jurídica.

Palabras claves: Consejo de Estado, Sentencia de unificación, Seguridad Jurídica, precedente judicial, doctrina probable

Abstract

The Law 1437 of 2011 (CPACA) included the figure of the “Extension of the jurisprudence of the State’s Council” with the purpose of offering to the community the respect for the constitutional principles such as equal treatment and legal security. However, the starting point of this exploratory research presents and argues a contrary idea. Based on this, the hypothesis which is going to be defended assures that there is not being generated legal security to those who come to the administration requesting the extension of the law of the State’s Council. Because, while absolutely diaphanous statements are not being elaborated that oblige that it constitutes and identical factual situation the administrative authorities do not have the certainty of whether or not to extend the law, thus promoting legal uncertainty.

Keywords : State’s Council, Judgment of Unification, Legal Certainty, Judicial Precedent, “Doctrina probable”

Contenido

Resumen

Introducción.....	14
1. Capítulo 1 - Antecedentes Históricos.....	17
2. Capítulo 2 - El Precedente Judicial en Nuestro Ordenamiento Jurídico.....	31
2.1 Precedente Jurisprudencial en la Ley 1395 de 2010.....	31
2.2 Precedente en el Código General del Proceso.....	35
2.3 Precedente en la Jurisdicción Contencioso Administrativa.....	36
2.4 Precedente Judicial en la Jurisprudencia Constitucional.....	42
2.5 Obligatoriedad de las Sentencias de la Corte Constitucional para Todas las Autoridades Públicas y Particulares.....	43
2.6 Efectos de las Sentencias a la Luz de la Jurisprudencia de la Corte Constitucional.....	46
2.6.1 Cosa Juzgada Relativa.....	47
2.6.2 Efectos Erga Omnes.....	48
2.6.3 Efecto Interpartes.....	48
2.6.4 Modulación de las Sentencias. Sentencia Integradora.....	49
2.6.5 Cosa Juzgada Explícita e Implícita.....	50
2.6.6 Función Creadora de la Jurisprudencia.....	51
2.6.7 Doctrina Probable.....	51

2.6.8 Precedente Judicial.....	53
2.7 Precedente y Jurisprudencia.....	57
2.7.1 Fuerza del Precedente.....	61
2.8 La Doctrina del Derecho Viviente.....	63
3. Capítulo 3 - Precedente en el Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.....	67
3.1 Requisitos Especiales de la Petición.....	96
3.2 Periodo Probatorio.....	98
3.3 Extensión Ante el Consejo de Estado.....	101
3.4 Fase Probatoria.....	105
3.5 Extensión Parcial de la Jurisprudencia.....	107
3.6 Naturaleza Jurídica de la Decisión de Extensión de Jurisprudencia.....	107
3.7 Los Efectos de una Sentencia de Unificación y la Cosa Juzgada.....	110
3.8 Recursos contra la Decisión.....	111
4. Conclusiones.....	114
Bibliografía.....	116

INTRODUCCIÓN

El legislador colombiano expide mediante la ley 1437 de 2011 el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo (CPACA), el cual entró en vigencia el 2 de julio de 2012. En dicho estatuto se consagra la figura denominada “extensión de la jurisprudencia de unificación del Consejo de Estado” la cual según se demostrará en la investigación realizada, genera inseguridad jurídica para quienes se sometan a la jurisdicción Contencioso Administrativa.

En efecto, consagró el estatuto una novedosa figura consistente en extender de manera imperativa la jurisprudencia del Consejo de Estado a casos análogos o idénticos en los términos siguientes:

Artículo 102. Extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros por parte de las autoridades. Las autoridades deberán extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos.

(...)

La autoridad decidirá con fundamento en las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias aplicables y teniendo en cuenta la interpretación que de ellas se hizo en la sentencia de unificación invocada, así como los demás elementos jurídicos que regulen el fondo de la petición y el cumplimiento de todos los presupuestos para que ella sea procedente.

El Consejero de Estado Luis Fernando Álvarez Jaramillo al comentar el alcance y contenido de esta figura, expresó:

“...una de las grandes innovaciones que introduce el Código, la obligación para la autoridad administrativa de hacer extensivos los efectos de sentencias de unificación del Consejo de Estado, para resolver solicitudes de los individuos, que presenten fundamentos de hecho y de derecho similares a aquellas que ya han sido resueltas favorablemente por los jueces. Con esta disposición se busca, por una parte que la administración decida de manera

igual aquellas situaciones que presentan situaciones idénticas; y por otra, que el servidor público tenga la obligación de decidir lo ya resuelto por la justicia evitando que el ciudadano deba acudir ante el juez para buscar un fallo sobre una situación que ya ha sido judicialmente resuelta. Con esta disposición sustancial, que se encuentra debidamente desarrollada a través de un procedimiento administrativo detalladamente regulado y un proceso judicial, también adecuadamente reglamentado, se busca proteger los derechos de los asociados y evitarles que tengan que acudir ante la justicia para buscar decisiones sobre asuntos ya resueltos por esta”¹

Bien parecería por todo lo anterior que la novedosa figura es un producto acabado ya que el eminente jurista además de encontrar sus bondades con las cuales nos identificamos plenamente, estima que su procedimiento está adecuadamente elaborado, lo cual en nuestro sentir no es totalmente cierto, conforme se demostrará en su parte pertinente. Con lo expuesto anteriormente, se procede a presentar la pregunta de la investigación de la siguiente manera: ¿Se genera seguridad jurídica con la incorporación de la figura denominada extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado?

La hipótesis que se soportará en el presente texto es que la incorporación de la figura de la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado, no necesariamente genera seguridad jurídica para quienes acuden a dirimir sus conflictos en la jurisdicción Contencioso Administrativa como se propuso el legislador y lo pregonan algunos doctrinantes. El presente trabajo es el resultado de una investigación de tipo exploratorio de revisión, mediante el cual se explora, compila, revisa e integra el resultado de una indagación bibliográfica; investigación en la que se agruparon y sistematizaron los documentos relacionados con la incorporación de la figura de la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Para demostrar la hipótesis antes señalada, el texto se desarrolla de la siguiente manera. En el primer capítulo, se establece de manera breve los antecedentes históricos relacionados

¹ ALVAREZ JARAMILLO, Luis Fernando. Seminario Internacional de Presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. p32.

con el tratamiento de la jurisprudencia en el ordenamiento jurídico colombiano remontándonos al siglo XIX, comentando y comparando las diversas disposiciones que la regentaron, así como su diverso tratamiento, para descender a la regulación vigente contenida en el artículo 230 de la C.N, con el propósito de identificar su tratamiento legislativo, doctrinal y jurisprudencial a través de los tiempos.

En el segundo capítulo que denominamos “El Precedente Judicial en Nuestro Ordenamiento Jurídico” se señalan los antecedentes normativos a la expedición del nuevo Código Procesal Administrativo y Contencioso Administrativo, concretamente lo relacionado con la incorporación de la figura de la extensión de la Jurisprudencia del Consejo de Estado. Por consiguiente nos ocuparemos de comentar desde el Decreto 528 de 1964, por ser antecedente remoto de la jurisprudencia vinculante en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, así como las reformas a esa figura en esta jurisdicción a fin de establecer el tratamiento legislativo y detectar allí que la novedosa figura, de alguna manera ya estaba presente en la jurisdicción contencioso administrativa

En el tercer y último capítulo intitulado “Precedente en el Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”, se abordará de manera concreta la nueva figura demostrando que su incorporación en cambio de generar seguridad jurídica como se predica, por el contrario puede producir inseguridad jurídica a quienes acuden a la administración, o sometan su petición a la jurisdicción Contencioso Administrativa, por lo menos en los albores de su aplicación. Finalmente, se presenta las conclusiones o hallazgos de la investigación.

1. CAPITULO 1

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

En Colombia se pueden encontrar como antecedentes remotos del precedente judicial, la prevista en la antigua Ley 153 de 1887 que pretendía que los desarrollos jurisprudenciales constituyeran un verdadero derrotero al calificarlos, en algunas situaciones, como doctrina probable. Antes que nada debe precisarse que nuestro sistema jurídico tiene su estribo en el derecho romano y en el derecho francés, por lo que en Colombia la jurisprudencia tan solo había sido una herramienta de interpretación de la ley, y el juez, está sometido únicamente al imperio de la ley, conforme lo pregonaba el artículo 230 de nuestra C.N.

Sin atisbo de duda, así era hasta la promulgación de la constitución que nos rige y con la cual nació a la vida jurídica la Corte Constitucional. En efecto, es de toda la comunidad jurídica conocido que las decisiones de los jueces no necesariamente producían una vinculación obligante; se constituía un criterio, muy importante por cierto, que el juez podía libremente acogerlo o apartarse de él, no obstante que en la generalidad de los casos los jueces la admitían como faro de guía para sus propias decisiones, en razón a provenir de una autoridad aquilatada jurídicamente. Por los años cuarenta en la jurisdicción que nos ocupa, la contencioso administrativa, algo diferente se establecía según se referirá en un capítulo posterior.

Esta situación, la jurisprudencia como criterio auxiliar, comienza a variar de manera lenta e imperceptible, pero en ciento ochenta grados desde los años noventa. Cuando la Corte Constitucional por vía doctrinaria ha venido imponiendo la tesis de la obligatoriedad de sus precedentes judiciales, inspirada en una figura típica del sistema anglosajón (Comon

Low), al punto que hoy, no solo sus decisiones sino de otras jurisdicciones como la contencioso administrativa se tornaron imperativos, ya no por disposición de la Corte Constitucional, sino por orden del legislador, claró esta, inspirado en la multiple jurisprudencia que en tal sentido produjo por espacio de veinte años la guardiana legítima de la carta constitucional.

Esta nueva figura, nos referimos a la imperatividad del seguimiento cabal y disciplinado de los pronunciamientos expedidos por el Consejo de Estado, extendida a los demás órganos de cierre, resulta algo extraña a la tradición jurídica que ha inspirado al Derecho colombiano, un poco menos a la jurisdicción contencioso administrativa que alguna regulación en tal sentido traía desde los años cuarentas, según se dirá en capítulo posterior. Definitivamente lo que sí le resultará totalmente novedoso, es la obligatoriedad que nace para la administración de aplicar en sus decisiones las sentencias de unificación proferidas por el Consejo de Estado. Conforme lo pregona de manera diáfana el artículo 10 del (CPACA).

La Corte Constitucional como se venía comentando, decidió que por “imperio de la ley” debía entenderse no solo la ley en sentido formal, sino también su interpretación, que, en últimas, determina el contenido y el alcance de los preceptos legales. Recientemente dijo:

“... Una interpretación adecuada del imperio de la ley a que se refiere el artículo 230 constitucional, significa para la jurisprudencia constitucional que la sujeción de la actividad judicial al imperio de la ley, no puede entenderse en términos reducidos como referida a la aplicación de la legislación en sentido formal, sino que debe entenderse referida a la aplicación del conjunto de normas constitucionales y legales, valores y

objetivos, incluida la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales, la cual informa la totalidad del ordenamiento jurídico”²

Esta posición jurisprudencial adquiere especialísima importancia, si se tiene de presente que la Constitución Política de Colombia vigente señala “... los jueces, en sus providencias, solo estarían sometidos al imperio de la ley”³, lo que se interpretó en sus albores que la única fuente del derecho nacional era la ley en su sentido material, esto es, la expedida por el Congreso de la República, lo cual resultó alejado de la realidad bajo la óptica de la interprete genuina de la Carta Magna según se dijo⁴.

En efecto, lo que, en principio, podría sugerir que la única fuente imperativa de derecho colombiano lo sería la ley en el sentido indicado, a continuación dispuso que existían unos criterios auxiliares de la actividad judicial, léanse otras fuentes del derecho, entre las cuales indicó la equidad, los principios generales del derecho, la doctrina y la jurisprudencia”⁵

No se discute, como tampoco lo hace la doctrina patria, que el pronunciamiento de los operadores judiciales, cualquiera sea la rama de aplicación, es de vital importancia no solamente para el recto entendimiento del alcance y contenido de la normatividad abstracta, sino que también y por sobre todo, para llenar los vacíos que presenten los preceptos normativos, y que la cuestión puesta en conocimiento no quede sin resolver bajo el pretexto de una anomia legislativa, a lo cual por supuesto no escapa la especialidad contencioso administrativa que es la que ocupa el interés de esta investigación. En palabras de un connotado tratadista la misma idea:

² Sentencia C-634-11

³ VÁCHA GALINDO, Juan Carlos. Lecciones de Derecho Procesal Administrativo. Bogotá: Universidad Javeriana. 2006a. p60.

⁴ VÁCHA GALINDO, Juan Carlos. Lecciones de Derecho Procesal Administrativo. Bogotá: Universidad Javeriana. 2006b. p60.

⁵ VÁCHA GALINDO, Juan Carlos. Lecciones de Derecho Procesal Administrativo. Bogotá: Universidad Javeriana. 2006c. p60.

“La jurisprudencia resulta, tanto en materia administrativa como en procesal administrativa, de reconocida importancia como hontanar de conocimiento, en la medida en que, de un lado, señala la interpretación de normas y relaciones jurídicas, su alcance y contenido, como también permite condensar el pensamiento judicial sobre diferentes tópicos que, muchas veces, el legislador, por su naturaleza de creador abstracto de normas jurídicas no tuvo la oportunidad de tener en cuenta y que va surgiendo de la aplicación práctica en los casos concretos. Lo fue en Francia y lo ha sido en Colombia, una herramienta de gran valía para el desarrollo de las instituciones procesales administrativas, para el avance de la legislación en esta materia y del propio derecho administrativo.”⁶

Es una verdad que no deja duda, que gracias a la jurisprudencia de las Altas Corporaciones, últimamente de la Corte Constitucional, vanguardista desde su creación, la legislación aun cuando no al mismo ritmo, sí viene avanzando y se están renovando las instituciones jurídicas, fruto de ello la novísima figura que justifica la presente investigación.

Recordemos entonces que nuestro sistema jurídico tiene su estribo en el derecho romano y en el derecho francés, denominado así por tener sus raíces en el Derecho Romano, Germano y Canónico, utilizado en gran parte de Europa y en aquellos países colonizados por estos.

Característica medular de este sistema jurídico y conocido por toda la comunidad jurídica es la preponderancia de la ley como fuente de derecho, antes que la jurisprudencia, por consiguiente todo su ordenamiento jurídico se encuentran en cuerpos legales sistematizados, normatizados y codificados. Sin embargo, algunos investigadores afirman que en Roma el derecho no estaba ni en la ley ni en los jueces, sino en los jurisconsultos cuya característica esencial era la de ser personas estudiosas del derecho y conocedores de los problemas y fenómenos sociales. “Ellos estaban convencidos que la ratio de la ciencia jurídica era resolver de manera justa y equitativa las diferencias que surgían de la

⁶ VÁCHA GALINDO, Juan Carlos. Lecciones de Derecho Procesal Administrativo. Bogotá: Universidad Javeriana. 2006. p60.

interacción de los hombres, que terminaban disputando un bien de la vida y para lograrlo necesitaban de personas portadoras de amplios conocimientos de los principios, valores, de la utilidad y fines del derecho, de la realidad social y con un buen desempeño ético y moral.”⁷. Guardadas proporciones, pero a semejanza de ello, la nueva figura deposita su confianza en los máximos inspiradores del derecho administrativo, sus máximos interpretes, sin duda, en sus jurisconsultos a la sazón. Franklin J. Moreno, citado por Pérez Vásquez afirmó:

Para los romanos la jurisprudencia, al decir de Cicerón era la *rerum expectandarum Fugendarum Scientia*, es decir, la jurisprudencia era aquella virtud para determinar con claridad y precisión la decisión que en materia jurídica debía adoptarse. Era una especie de poder de discernimiento que permitía distinguir entre lo justo y lo injusto; entre lo equitativo y lo inequitativo.

Es incalculable el valor que era *prudenti iuristervo* en la formación y desarrollo del derecho romano antiguo pues además de ser la más antigua fuente era la más importante razón por la cual el derecho romano fue catalogado ante todo como un derecho jurisprudencial que no podía concebirse sin la activa participación del jurista.⁸

De entonces acá la jurisprudencia mantiene el protagonismo y la utilidad advertida por el doctrinante, la virtud, trayendo sus palabras, de ser faro de guía, de discernir el recto entendimiento de la voluntad abstracta expuesta por el legislador. Este, sin duda, es el mismo discernimiento que hoy nuestros máximos jueces en lo constitucional hacen de lo que significa la importancia de la jurisprudencia y lo que ha dado en denominarse el activismo judicial y que no goza de la aceptación de toda la comunidad jurídica.

Afirma el autor que por el contrario, el código de Napoleón de 1.804 prohibió de manera expresa que los jueces por medio de sus pronunciamientos crearan reglamentaciones

⁷ PÉREZ VÁSQUEZ, Rodolfo. La Jurisprudencia Vinculante como Norma Jurídica.

⁸ Ob,Cit, pág 10

generales desde el asunto sometido a las consideraciones. Recordemos que el Juez tan solo es la boca de la ley y nada más. La doctrina francesa fue seguida por varios países latinoamericanos, entre ellos Chile a través de Don Andrés Bello que estableció en su artículo 3° del Código Civil “solo toca al legislador explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio”.

Significó entonces en decir de esta doctrina, que las sentencias solo tuviesen poder vinculante respecto de las causas en que se pronunciaren y es entonces por lo que el derecho codificado privilegió el legalismo, sometiendo a los jueces al imperio de la ley, relegando a la jurisprudencia a un segundo plano y es lo que tradicionalmente ha sucedido en Colombia donde la jurisprudencia tan solo ha sido una herramienta de interpretación de la ley porque el juez está sometido únicamente al imperio de la ley, conforme lo pregonan el artículo 230 de nuestra C.N. La doctrina lo precisa en estos términos:

“Es bien sabido que el sistema jurídico colombiano es esencialmente de tipo continental y que, por ello, la ley se perfila como la fuente de derecho por antonomasia. El reconocimiento de fuerza vinculante a la jurisprudencia constitucional introduce en nuestro sistema un elemento que tradicionalmente era propio del common law, pero que a partir de la segunda posguerra se generalizó en los ordenamientos jurídicos de la Europa continental. En estos sistemas continentales no se trasplantó de forma idéntica el principio del stare decisis de los Estados Unidos, sino que se creó una particular manera de vinculación de la jurisprudencia.”⁹

Se ha de entender que la doctrina refiere a ley en sentido formal, la de origen legislativo, que ancestralmente es la única que era concebida como “camisa de fuerza” en nuestra

⁹ BERNAL PULIDO, Carlos. El precedente constitucional. En: V Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo: Los procesos ante las jurisdicciones constitucional y de lo contencioso administrativo, Bogotá 11, 12 y 13 de agosto de 2004. Universidad Externado de Colombia. p142.

tradición jurídica, salvo excepciones en el estatuto contencioso administrativo de los años cuarentas según se verá en capítulo posterior.

Ahora bien, no obstante que en los sistemas codificados la jurisprudencia fue relegada a un segundo plano, con el tiempo se viene a ver las deficiencias e insuficiencias de la norma legislativa, las lagunas y laberintos que en muchas ocasiones presentaban, y no resultaba justo dejar maniatado al juez únicamente a ser su fiel interprete, porque en tal condición quien más pierde legitimidad es la propia justicia y en atención a ello a mediados del siglo XIX se volvió a hablar de la importancia del precedente judicial para la evolución y actualización del derecho y para la prestación de una adecuada justicia.

Con este nuevo horizonte en que la decisión judicial vuelve a adquirir relevancia, el sistema “legalista” de estirpe liberal que tan solo admitía el criterio legislativo en la toma de decisiones judiciales de alguna manera pierde terreno. Inicia una nueva concepción de la importancia que reviste el pronunciamiento de los jueces, su jurisprudencia. El operador judicial, genuino interprete de la ley abstracta debe tener herramientas más solidas para interpretar el querer del legislador, pero además, de ser ello necesario, para corregir las eventuales deficiencias, contradicciones, lagunas de la que no puede estar exenta la ley al ser obra del ser humano, por naturaleza falible.

Por otra parte, la figura del precedente judicial no ha correspondido a una misma denominación. En francia se hablaba de “jurisprudenci constante” y en españa de “doctrina legal”¹⁰

En nuestro sistema jurídico desde el siglo XIX conocemos la figura de la doctrina probable pero tan solo como un criterio meramente facultativo, como criterio auxiliar para ser

¹⁰ PÉREZ VÁSQUEZ, Rodolfo, Ob. Cit., p11

aplicado por los operadores judiciales, lo cual sin duda queda revaluado con las tesis que pregona la nueva jurisprudencia de la H. Corte Constitucional. Dice la doctrina nacional:

Cabe decir que en Colombia dicha peculiar forma de vinculación contaba con un claro antecedente legislativo, en el artículo 4° de la ley 19 de 1866 que subrogó el artículo 10° de la ley 153 de 1887. En estos artículos se establecía que tres decisiones uniformes de la Corte Suprema de Justicia, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen “doctrina legal probable”. Sin embargo, esta doctrina legal no tenía el carácter de precedente obligatorio, sino sólo el de una fuente que el juez “podía” utilizar como criterio de orientación para la solución de un nuevo caso.¹¹.

Hoy con la jurisprudencia de la Corte Constitucional por el contrario si un operador jurídico, incluida la propia Corporación que la produjo pretende cambiar de postura jurídica debe argumentar con suficiencia las razones que tiene para apartarse de esa doctrina probable, adquiriendo de esta manera mayor fuerza e importancia el precedente judicial, siendo equivalente al texto legal.

La figura de la doctrina probable desde su aparición en nuestro ordenamiento jurídico hasta nuestros días ha tenido diversas variaciones comenzando por su propia denominación. En efecto, en sus albores se hablaba de “doctrina legal más probable”.¹² Más tarde, con la expedición de la ley 105 de 1890 en su artículo 371 se habló de doctrina legal en estos términos: “Es doctrina legal la interpretación que la Corte Suprema dé a unas mismas leyes en dos decisiones uniformes. También constituyen doctrina legal las declaraciones que la misma Corte haga en dos decisiones uniformes para llenar los vacíos que ocurran, es decir, en fuerza de la necesidad de que una cuestión dada no quede sin resolver por no existir leyes apropiadas al caso”.

¹¹ BERNAL PULIDO, Carlos. El precedente constitucional. En: V Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo: Los procesos ante las jurisdicciones constitucional y de lo contencioso administrativo, Bogotá 11, 12 y 13 de agosto de 2004. Universidad Externado de Colombia. p142.

¹² Artículo 10 de la ley 153 de 1887 “En casos dudosos, los Jueces aplicarán la doctrina legal más probable. Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como Tribunal de Casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina legal más probable”

Como puede apreciarse, se denota el interés del legislador de moderar el desbordado legalismo estableciendo que bastan dos pronunciamientos para que se configure la doctrina legal, amén que se torna imperativa dicha doctrina en atención a lo dispuesto en su numeral 1º. del artículo 369 de la misma ley que consagraba como causal de casación el apartarse de la misma. Adicionalmente el artículo 383 le exigía a la corte indicar en la misma sentencia que la decisión adoptada constituía una regla general de derecho. Esto hacía pensar que era obligatoria su observancia e inmodificable por la misma Corte, por lo que para estos efectos había que acudir a una reforma legal.

En sentir de los comentaristas esta ley del año 1890, no solo redujo el número de decisiones a dos, sino que hizo muy rígido el precedente. Es conviene recordar que la Corte Suprema de Justicia es creada a finales del siglo XIX como órgano judicial de casación y una de las primeras manifestaciones normativas que protege la doctrina legal es la ley 61 de 1886, al regular la casación contra sentencias que violaran e interpretaran erróneamente la doctrina legal, más tarde se complementa con la ley 153 de 1887, art. 10 que la extiende a la aplicación a casos dudosos, haciendo de la ratio decidendi una norma general.¹³

Comoquiera que fue la propia Corte quien más criticó el rigor y la perentoriedad de su propia doctrina a punto tal que resultaba inconcebible que ni la propia corporación pudiera apartarse de ella, nace la ley 169 de 1896 que en su artículo 4º estableció la doctrina probable¹⁴ desapareciendo su carácter obligatorio a meramente facultativa, por consiguiente no configura una causal de casación abriendo la posibilidad para que los operadores judiciales puedan apartarse de las decisiones de la Alta Corporación, además de aumentar de dos a tres las decisiones que configuran la doctrina probable. El artículo 4º estableció que tres decisiones uniformes dadas por la corte suprema como tribunal de casación sobre un mismo punto de derecho constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla a

¹³ PÉREZ VÁSQUEZ, Rodolfo, Ob. Cit. p12.

¹⁴“ Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema como Tribunal de Casación sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los Jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores”

casos análogos, lo cual no obsta para que la corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores.

Desde entonces y hasta hoy así ha sido regulado en nuestra legislación procesal. La jurisprudencia será unificada por las Altas Corporaciones a través del estudio del recurso extraordinario de casación.

Se reitera una vez más que los sistemas inspirados por el derecho romano germánico como el nuestro, se consagra el derecho escrito, el derecho preestablecido proveniente de los parlamentos, y el usuario de justicia debe invocar que en la solución de su conflicto le sea aplicada la norma de carácter general y abstracta.

No obstante que en este sistema el interés político centró su poder en el órgano legislativo como único creador de derecho imperativo, la jurisprudencia es reconocida y valorada por la utilidad que la brinda a la aplicación de la ley, en esa labor de hermenéutica que debe elaborar su interprete.

Más no siempre ha sido así. Dicen los investigadores que en Francia, el código napoleónico de manera imperativa sustrajo a la jurisprudencia de ser fuente creadora de derecho. “La estructura feudal de la sociedad feudal solo pudo ser superada por la afirmación de un poder central que no tardó en dar un giro hacia el absolutismo. Contempló el liberalismo democrático y afianzó el derecho codificado de ahí que el código napoleónico prohibió la jurisprudencia como fuente del derecho.”¹⁵

En España, si bien la jurisprudencia no está contemplada de manera expresa como una fuente de derecho, sí se autoriza acudir a ella para complementar el derecho.

¹⁵ PÉREZ VÁSQUEZ, Rodolfo, Ob. Cit. p11.

La legislación civil española en su artículo 1.1 establece como fuente del derecho la ley, la costumbre y los principios generales del derecho. La jurisprudencia no está considerada como fuentes del derecho, sin embargo el artículo 1.6 del Código Civil, dispone que la jurisprudencia completará el ordenamiento jurídico, por lo que aunque no sea fuente directa o propiamente dicha sirve para darle sentido a aquellas situaciones de complejidad generada por la ley o para disponer precisiones ante los vacíos legales. Para los españoles la jurisprudencia no era una fuente de derecho supletorio pero su valor consistía en servir de apoyo a las decisiones, se requerían dos sentencias que interpreten una norma en igual sentido emanada del Tribunal Supremo de Justicia para mediados del siglo XIX, en el código de procedimiento civil español de 1855 la violación de la doctrina legal por el juez inferior era causal suficiente para casar el fallo. La jurisprudencia comenzó a tener otro valor ya no era un mero carácter persuasivo sino vinculante, es decir, con fuerza normativa.¹⁶

En Estados Unidos de Norte América por el contrario el derecho es creado en los respectivos procesos, los procedimientos son la esencia del derecho y no por que axiomáticamente deban limitarse a obedecerlo, sino porque encuentran en el pueblo mismo la fuente del derecho y no la ven en el estado.¹⁷

Inglaterra es la cuna e inspiración de otros países del derecho judicial. Su consagración y autoridad es modelo a seguir a punto tal que sistemas como el nuestro se ven seducidos por él. En México se consagra que la autoridad de 5 decisiones judiciales en igual sentido, debe ser aplicado por los jueces a fin de afianzar la seguridad jurídica. “La jurisprudencia se conforma de cinco (5) resoluciones, que en un mismo sentido haga el poder judicial de la Federación. Buscan unificar los criterios que han de regular una misma situación en casos diferentes. Ese criterio no es solo orientador sino para que los demás jueces lo apliquen en aras a proteger la seguridad jurídica”¹⁸.

¹⁶ PÉREZ VÁSQUEZ, Rodolfo, Ob. Cit. p11.

¹⁷ PÉREZ VÁSQUEZ, Rodolfo, Ob. Cit. p.p11, 12.

¹⁸ PÉREZ VÁSQUEZ, Rodolfo, Ob. Cit. p12

Por otra parte, El Código Procesal del Perú otorga la calidad de precedente judicial a la sentencia que haga tránsito a cosa juzgada¹⁹ No especifica el legislador la clase de sentencia, tan solo que haga tránsito a cosa juzgada. Hemos de entender que aplica a todas aquellas que adquieran ejecutoria y que el precedente lo constituye la sentencia en su integralidad, sin discriminar el dicho de paso de la razón de la decisión.

A propósito de lo que acaba de afirmarse, para identificar lo que constituye doctrina probable, es conveniente precisar que una sentencia está compuesta de lo que se denomina la *Ratio Decidendi*, expresión latina que significa “razón para decidir”, que hace relación a los argumentos que son la base de la decisión y la *obiter dicta* que alude a la “argumentación auxiliar o de paso”.

La *Ratio decidendi* de una sentencia es lo que podría constituir el precedente o doctrina probable para un caso futuro, en atención a que tal decisión es un acto de inteligencia fruto del intelecto, que de manera equivalente ha de realizar el juez del caso futuro. Son las razones fundantes o estructurales que constituyen la base de la decisión anterior y que pueden ser traídas por el juez del caso futuro. “Lo que constituye jurisprudencia es solo la ratio decidendi contenida en dicha parte motiva. Únicamente dicha ratio decidendi – y no los obiter dicta- es lo que resulta vinculante para los jueces en precedente horizontal y vertical, y para la administración.”²⁰

Precisado lo anterior, retomamos la dialéctica que se viene avanzando, en cuanto que no obstante la contundencia del artículo 230 de la Carta Máxima “Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad

¹⁹ PÉREZ VÁSQUEZ, Rodolfo, Ob. Cit. p.p11, 12.

²⁰ BERNAL PULIDO, Carlos. El precedente constitucional. En: V Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo: Los procesos ante las jurisdicciones constitucional y de lo contencioso administrativo, Bogotá 11, 12 y 13 de agosto de 2004. Universidad Externado de Colombia. p142.

judicial”, la Honorable Corte Constitucional, como se precisó líneas atrás impuso su tesis de la obligatoriedad de sus precedentes jurisprudenciales, a semejanza del Derecho Anglosajón que siempre fue vista como incompatible con la tradición continental europea que ha inspirado al Derecho colombiano. El texto constitucional es suficientemente claro, más sin embargo, la Corte Constitucional dictaminó que por “imperio de la ley” debe entenderse no solo la ley en su sentido formal, sino también su interpretación, que, en últimas es la que determina el contenido y el alcance de los preceptos legales.

Más luego la Corte extendió su posición reconociéndole fuerza vinculante a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, propendiendo por dar mayor coherencia al sistema jurídico, con lo cual se garantiza el derecho a la igualdad e implica una mayor seguridad jurídica. Un argumento duro de combatir para los contradictores de la obligatoriedad del precedente, por lo seductor que resulta su estribo constitucional: Igualdad y seguridad jurídica; confianza legítima.

En efecto, las razones que justifican hacer obligatorio el precedente judicial fueron esbozadas en la sentencia SU-047 de 1999, recordando la Alta Corporación que “...están sujetos al deber de aplicar el precedente constitucional “todo tribunal, y en especial el juez constitucional”. Adicionalmente, la Corte corrobora como razones que fundamentan la fuerza vinculante de la jurisprudencia en general y, en particular, de la jurisprudencia constitucional la seguridad jurídica, protección a la libertad ciudadana y del desarrollo económico, igualdad de trato, entre otros más que se mirarán con detenimiento en el siguiente capítulo.

Como breve conclusión podemos apreciar que el tratamiento que se le ha dado a la jurisprudencia a través de los tiempos ha sido ondulante. En alguna época y en algunos ordenamientos jurídicos pertenecientes a la familia del Civil Law se le ha dado importancia preponderante, en otras ha sido relegada. A veces se ha tenido como camisa de fuerza, como sucedió en Colombia cuando la propia Corte Suprema tuvo que abanderar la iniciativa legislativa para hacerla más flexible.

Por otra parte se logró apreciar que no hay uniformidad en la denominación de la figura. A veces e indistintamente se habla de jurisprudencia, otras de precedente, o bien de doctrina probable. En el ordenamiento que nos ocupa el legislador la quiso denominar sentencia de unificación jurisprudencial.

Menos aún se observa uniformidad doctrinaria o legal en lo que constituye doctrina probable, si todas las sentencias, las que causen ejecutoria, si la sentencia en su integralidad, o solamente la *ratio decidendi*. Si solamente esto último, qué comprende la razón de decidir. Ello como se demostrará más adelante, contribuirá decididamente a la inseguridad jurídica que se plantea en el presente trabajo de investigación.

2. CAPITULO 2

EL PRECEDENTE JUDICIAL EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

Hace ya un largo tiempo algún juez vaticinó que el siglo XXI sería el siglo de los jueces. Razón tuvo si con ello quiso significar que sería el siglo de la jurisprudencia. Como pasa a demostrarse, el legislador animado por la profusa jurisprudencia proferida por la Honorable Corte Constitucional desde hace veinte años, decidió hacer obligatorio el respeto a los precedentes judiciales, no solamente por los propios jueces, sino yendo más allá, a la propia administración en la toma de decisiones. Así lo dispuso en la ley 1395 de 2010, luego en el Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011) actualmente vigente y finalmente en el Código General del Proceso (ley 1564 de 2012) vigente parcialmente.

2.1 Precedente Jurisprudencial en la Ley 1395 de 2010

El artículo 114 de la ley 1395 de 2010 derogado por el artículo 309 de la Ley 1437 de 2011, cuya vigencia inició desde el 2 de julio del año dos mil doce imponía a ciertas autoridades tener en consideración los precedentes jurisprudenciales en materia ordinaria o contencioso administrativo, al resolver peticiones o expedir actos administrativos.²¹

²¹ Las entidades públicas de cualquier orden, encargadas de reconocer y pagar pensiones de jubilación, prestaciones sociales y salariales de sus trabajadores o afiliados, o comprometidas en daños causados con armas de fuego, vehículos oficiales, daños a reclusos, conscriptos, o en conflictos tributarios o aduaneros, para la solución de peticiones o expedición de actos administrativos, tendrán en cuenta los precedentes jurisprudenciales que en materia ordinaria o contenciosa administrativa, por los mismos hechos y pretensiones, se hubieren proferido en cinco o más casos análogos

Ante la derogatoria del precepto, podría pensarse que ya no es obligatorio tener en cuenta los precedentes jurisprudenciales de la jurisdicción ordinaria, en atención a que los artículos 10, 102, 103 y 269 del nuevo Código Procesal y Contencioso Administrativo, como es natural, tan solo lo torna obligatoria en tratándose de sus propios precedentes. Sin embargo ello no resulta cierto en atención a la expresa e imperativa jurisprudencia de la H. Corte Constitucional que así lo ordena, conforme se verá más adelante.

Ahora bien, la Corte Constitucional al estudiar la constitucionalidad del precepto lo encontró exequible, empero condicionó la exequibilidad de la expresión “que en materia ordinaria o contenciosa administrativa” - en el entendido que los precedentes jurisprudenciales a que se refiere la norma deben respetar la interpretación vinculante que realice la Corte Constitucional.

Reiteró la Corporación su múltiple doctrina de la obligatoriedad del precedente judicial, recalando nuevamente estos aspectos:

- (i) todas las autoridades públicas administrativas se encuentran sometidas al imperio de la Constitución y la ley, por expreso mandato constitucional, lo cual implica el necesario acatamiento del precedente judicial emanado de las Altas Cortes;
- (ii) el entendimiento del imperio de la ley, a la que están sujetas las autoridades administrativas y judiciales, debe entenderse como referido a la aplicación del conjunto de normas constitucionales y legales, incluyendo la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales;
- (iii) todas las autoridades administrativas se encuentran obligadas a interpretar y aplicar las normas a los casos concretos de conformidad con la Constitución y la ley;
- (iv) todas las autoridades administrativas deben aplicar las normas legales en acatamiento del precedente judicial de las Altas Cortes o fundamentos jurídicos aplicados en casos análogos o similares, aplicación que en todo caso debe realizarse en consonancia con la Constitución, norma de normas, y punto de partida de toda aplicación de enunciados jurídicos a casos concretos;
- (v) el respeto del precedente judicial por parte de las autoridades administrativas se fundamenta (a) en el respeto del debido proceso y del principio de legalidad en materia administrativa –art. 29, 121 y 122

Superiores-; (b) en el hecho que el contenido y alcance normativo de la Constitución y la ley es fijado válida y legítimamente por las altas Cortes, cuyas decisiones hacen tránsito a cosa juzgada y tienen fuerza vinculante; (c) en que las decisiones de las autoridades administrativas no pueden ser arbitrarias y deben fundamentarse de manera objetiva y razonable; (d) en que el desconocimiento del precedente y con ello del principio de legalidad implica la responsabilidad de los servidores públicos (art. 6 y 90 C.P.); y (e) en que las actuaciones y decisiones de las autoridades administrativas deben respetar la igualdad de todos ante la ley –art. 13 C.P;

(vi) si existe por tanto una interpretación judicial vinculante, las autoridades administrativas deben aplicar al caso en concreto similar o análogo dicha interpretación; ya que para estas autoridades no es válido el principio de autonomía o independencia, válido para los jueces;

(vii) aún en aquellos asuntos o materias que eventualmente no hayan sido interpretados y definidos previamente por la jurisprudencia, o respecto de los cuales existan criterios jurisprudenciales disímiles, las autoridades administrativas no gozan de un margen de apreciación absoluto, por cuanto se encuentran obligados a interpretar y aplicar las normas al caso en concreto de manera acorde y ajustada a la Constitución y a la ley, y ello de conformidad con el precedente judicial existente de las altas Cortes;

(viii) en caso de falta de precisión o de contradicción del precedente judicial aplicable, corresponde, prioritariamente, al alto tribunal precisar, aclarar y unificar coherentemente su propia jurisprudencia;

(ix) en caso de existencia de diversos criterios jurisprudenciales sobre una misma materia, corresponde igualmente a las autoridades públicas administrativas, evidenciar los diferentes criterios jurisprudenciales aplicables para fundamentar la mejor aplicación de los mismos, desde el punto de vista del ordenamiento jurídico en su totalidad, y optar por la decisión que, de mejor manera interprete el imperio de la Constitución y de la ley, para el caso concreto;

(x) los fallos de la Corte Constitucional tanto en ejercicio del control concreto como abstracto de constitucionalidad, hacen tránsito a cosa juzgada y tienen fuerza vinculante, en su parte resolutive (erga omnes en el caso de los fallos de control de constitucionalidad de leyes, e inter partes para los fallos de tutela) y, en ambos casos, las consideraciones de la ratio decidendi tienen fuerza vinculante para todas las autoridades públicas;

(xi) el desconocimiento del precedente judicial de las Altas Cortes por parte de las autoridades administrativas, especialmente de la jurisprudencia constitucional, implica la afectación de derechos fundamentales, y por tanto una vulneración directa de la Constitución o de la ley, de manera que puede dar lugar a (i) responsabilidad penal, administrativa o disciplinaria por parte de las autoridades administrativas, (ii) la interposición de acciones judiciales,

entre ellas de la acción de tutela contra actuaciones administrativas o providencias judiciales.

Con la anterior sinopsis de lo que ha sido doctrina constante de la Corte Constitucional, reiteró la Corporación la obligación de todas las entidades públicas y sus correspondientes autoridades administrativas de aplicar el precedente judicial dictado por las Altas Corporaciones Judiciales, cualquiera sea la jurisdicción, teniendo en cuenta para ello no solo las normas constitucionales sino las reglas jurisprudenciales que en dicho fallo fueron consignadas y en este trabajo compendiadas.

Encontró pertinente la Corporación Judicial, dentro del ámbito de competencia del legislador que fuese imponiendo a las autoridades administrativas el deber de tener en consideración el precedente judicial producido por la jurisdicción ordinaria y contencioso administrativo, sin perder de vista, anotó la Corte, que igualmente estas normas pueden ser objeto de pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional, en cuyo caso su interpretación se torna vinculante y preferencial para las autoridades administrativas, así el legislador, por omisión no lo haya dicho expresamente, perdiendo de vista la obligatoriedad y los efectos erga omnes de los fallos de constitucionalidad conforme lo pregonan los artículos 241 y 243 de la Constitución, como tampoco tuvo en consideración las reglas que se imponen en las sentencias de unificación de jurisprudencia en materia de protección de derechos fundamentales, temas en los cuales la Corte Constitucional es órgano de cierre.

Concluyó la Corte que como el Legislador omitió incluir en la norma el precedente constitucional dictado por la Corte Constitucional tanto en control abstracto como concreto de constitucionalidad, desconoció la competencia constitucional que le brinda el art. 241 superior y los efectos de cosa juzgada constitucional de sus fallos señalados en el artículo 243 superior, razón que la motivó a declarar la exequibilidad condicionada.

2.2 Precedente en el Código General del Proceso

El reciente estatuto procesal general que su mayor parte entrará a regir el próximo primero de enero del año 2014 de manera gradual conforme lo establece el artículo 627, en el tema que ocupa este trabajo establece lo siguiente:

En el título preliminar su artículo 7º estableció:

Los jueces, en sus providencias, están sometidos al imperio de la ley. Deberán tener en cuenta, además, la equidad, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina. Cuando el juez se aparte de la doctrina probable, estará obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión. De la misma manera procederá cuando cambie de criterio en relación con sus decisiones en casos análogos.

Adviértase delantamente que el Código no refirió al “precedente judicial”, sino que expresamente alude a “doctrina probable.” Así las cosas, parece de recibo que lo que ha de entenderse por tal, conforme lo expresa alguna doctrina su recto entendimiento podría ser el de armonizarlo con el Art. 40 de la Ley 153 de 1887, según el cual tres decisiones de la Corte Suprema como tribunal de casación sobre un mismo punto de derecho constituyen doctrina probable.

Por otro aspecto resulta menos riguroso el precepto si se compara con lo que ha venido siendo doctrina constitucional. En efecto, al rompe se aprecia que el legislador, tímidamente pero plenamente consiente, le impone al juzgador ordinario el deber de tener en cuenta la doctrina probable, sin que esté sometido a su imperio. Por otra parte equipara la doctrina probable, con la doctrina y equidad, poniéndolas en el mismo renglón de importancia

Un tercer aspecto es no haber hecho extensivo su aplicación a los demás servidores públicos, como ha sido tradicionalmente ordenado en la jurisprudencia de la corte Constitucional

2.3 Precedente en la Jurisdicción Contencioso Administrativa

En el año de 1964 se conoció el Decreto 528, que en su artículo 24 disponía “Las cuatro Salas o secciones de lo contencioso administrativo funcionarán separadamente en el conocimiento de los respectivos negocios, salvo cuando se trate de modificar alguna jurisprudencia, caso en el cual lo harán conjuntamente previa convocatoria hecha por la Sala o Sección que esté conociendo el asunto.”

Su reglamento interno precisó "Para los efectos del artículo 24 del Decreto-Ley 528 de 1964, se entiende por jurisprudencia dos decisiones uniformes sobre un mismo punto de derecho proferidas por cualquiera de las Salas o Secciones. Todo cambio de jurisprudencia corresponde hacerlo a la Sala Plena Contenciosa, previa convocatoria hecha por la Sala o Sección que conozca del asunto. La manifestación expresa de un consejero dentro de la respectiva Sección es suficiente para que el asunto sea llevado a la Sala Plena. Esta resolverá, previo informe de la Relatoría si hay cambio de jurisprudencia"

Años más tarde aparece el recurso de súplica regulado por el artículo 2 de la Ley 11 de 1975, el cual consagraba que dicho recurso procedía ante la Sala Plena de lo Contencioso, contra autos interlocutorios o sentencias, cuando dichas providencias cambiaran la jurisprudencia sin la aprobación de la Sala Plena. Esto, permitía, suponer válidamente que

el legislador estaba dándole un carácter vinculante a la jurisprudencia, toda vez que su desconocimiento ameritaba un recurso propio, encauzado a enmendar doctrinas que fuesen en contravía de alguna jurisprudencia vigente.

El Decreto 01 de 1984, contentivo del Código Contencioso Administrativo que tuvo vigencia hasta junio de 2012, no consagró nada sobre el precedente judicial. Al contrario, expresamente derogó el artículo 24 del Decreto 528 de 1964 y el artículo 2 de la Ley 11 de 1975, normas que como viene de verse consagraban el respeto por la unificación jurisprudencial.

El artículo 2 de la Ley 11 de 1975 fue revivido por el artículo 21 del Decreto 2304 de 1989 estableciendo el recurso de súplica, ante la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, contra autos interlocutorios o sentencias en la que se "acoja doctrina contraria a la jurisprudencia de la Corporación", sin la aprobación de la Sala Plena.

Del paralelo de ambas normatividades, ninguna diferencia se advierte entre el artículo 2 de la Ley 11 de 1975 y el artículo 21 del Decreto 2304 de 1989. "...Sin embargo, sería la Corte Constitucional quien, por medio de la Sentencia C-104 de 1993 señale que la jurisprudencia puede ser entendida como "el conjunto de providencias dictadas por los altos tribunales que desatando casos iguales decide en forma uniforme". El aporte de la Corte relativo a la jurisprudencia contencioso-administrativa será constatado a la luz de su función unificadora. Así, aunque el legislador no había previsto explícitamente dicha categorización, la Corte advirtió que "la unidad de un ordenamiento jurídico" podría lograrse por medio de "la unificación de la jurisprudencia" realizable por medio del recurso mencionado."

El gran aporte de la doctrina constitucional es el de darle todo el relieve al recurso extraordinario, haciendo énfasis en que al obtenerse la unificación de la jurisprudencia, se garantiza la seguridad jurídica. “La misma Corte aseveró que el recurso estaba orientado a la unificación jurisprudencial, que se logra por medio de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, entendiendo que este procedimiento evita "decisiones diferentes frente a casos similares". La Corte Constitucional también advierte e incluye ingredientes novedosos al señalar que el recurso de súplica por modificación de jurisprudencia debe reunir dos requisitos, a saber, que el cambio sea decidido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado y, segundo, que dicho cambio se haga "explícito en la sentencia".

El recurso de súplica y el trámite especial ante la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo fueron derogados por los artículos 38 y 57 de la Ley 446 de 1998. El primero de ellos dispone la función de la Sala Plena sobre asuntos remitidos por las secciones, mientras que el artículo 57 establece cuáles son los recursos extraordinarios que pueden ser intentados por el recurrente ante el Consejo de Estado. En dicha oportunidad, opinan los profesores Héctor Romero Díaz y Jaime Vidal Perdomo, el recurso de súplica podría haberse reconocido, funcionalmente, como el equivalente al recurso extraordinario de casación en la jurisdicción contencioso-administrativa. Para Vidal Perdomo, la Ley 446 creaba, por medio del recurso de súplica, un recurso extraordinario incorporado al artículo 194 del Código Contencioso Administrativo, recogiendo el recurso de la Ley 11 de 1975 ya explicado, que dadas las causales de revisión por vía de súplica, podrían haber significado un recurso extraordinario equivalente a la casación, pero que en la práctica, más de diez años después, no supuso en realidad una transformación significativa del quehacer institucional del Consejo.

En la actualidad el artículo 246 de la Ley 1437 de 2011, revive el recurso de súplica con una naturaleza completamente disímil, cual es el de mecanismo de impugnación contra autos que pueden ser apelables y contra el auto que rechaza o declara desierta la apelación o el recurso extraordinario. Es el mismo recurso consagrado en el estatuto procesal civil y ahora en el C.G del P. El recurso de súplica regulado por el comentado Decreto 2304 de 1989 y retomado por la Ley 11 de 1975 y la Ley 446 de 1998, resulta innecesario al consagrarse el “recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia” que permite, convertir al Consejo de Estado en un tribunal de cierre con competencias explícitas relativas a la unificación jurisprudencial.

La Ley 1437 de 2011, contentiva del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo consagra un recurso extraordinario como mecanismo judicial para la unificación en la jurisdicción contencioso-administrativa. Este Código de Procedimiento Administrativo tiene su cuna en el mismo Consejo de Estado, quien, por medio de una comisión creada por el Decreto 4820 de 2007, advirtió la necesidad de consagrar un recurso de unificación atendiendo, sin duda, la prolífica jurisprudencia de la H. Corte Constitucional en dicho sentido.

El artículo 102 de la citada norma establece la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros. Esta institución supone que las autoridades públicas deben extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Sin duda, se trata de la institucionalización de la "cosa juzgada implícita". Se está optando ahora por aplicar, a "los mismos" fundamentos fácticos y jurídicos, una regla jurisprudencial como norma que es posible adjudicar. Sobre ello ahondaremos más adelante.

Por supuesto, el Legislador ha consagrado que no todas las sentencias del Consejo de Estado pueden extender sus efectos a terceros. Se trata de sentencias calificadas, que se desprenden de una competencia muy particular y de un recurso cuyas consecuencias estarán por ver. A diferencia de lo dispuesto por la Ley 1395 de 2010, la creación jurisprudencial unificadora gana fuerza vinculante en la medida en que esté contenida en aquellos fallos que resultaron de un recurso extraordinario. Con la ampliación de los sujetos obligados que, se constata, no se trata solo del juez, parecería pretenderse también la descongestión de estrados judiciales, en tanto la jurisprudencia de unificación encuentre espacios donde pueda aplicarse como cosa juzgada implícita.

El recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, ha dispuesto el artículo 256 de la ley citada, tiene fines precisos. Entre ellos, se establece el "fin de asegurar la unidad de la interpretación del derecho, su aplicación uniforme y garantizar los derechos de las partes". Se establece también el efecto de los fallos hasta los terceros "que resulten perjudicados con la providencia recurrida" y, cuando fuere del caso, reparar los agravios inferidos a tales sujetos procesales.

Este artículo parece ampliar entonces los efectos de la sentencia de unificación, que incluso puede llegar a la revocatoria de los fallos revisados. En efecto, señala que, además de los fines de seguridad y estabilidad jurídica, puede garantizar los derechos de terceros y resarcir los derechos de los sujetos procesales, estima el doctrinante que nos viene sirviendo de faro de guía.

El recurso extraordinario tiene reglas de procedencia relativos a la cuantía y materia. En todos los casos se dicta contra sentencias definitivas, sea en única o segunda instancia por los tribunales administrativos. No obstante, ha señalado el Legislador que el recurso de

unificación no procede para los asuntos relativos a las acciones de tutela, acciones de grupo, acciones populares y acciones de cumplimiento.

Su causal, se evidencia en el artículo 258 de la Ley 1437 de 2011, se presenta cuando la sentencia objeto de debate contraría o se oponga a una sentencia de unificación del Consejo de Estado. En otras palabras, la sentencia de unificación tiene como causal única el desconocimiento de un fallo de unificación previamente decidido por el mismo Consejo de Estado.

Considera el Dr. Sarmiento- Erazo que la competencia para intentar el recurso se encuentra también determinada por el Legislador. El artículo 259 señala que la competencia para decidir el recurso extraordinario corresponde a cada sección especializada de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Al contrario de otras normas antes mencionadas, el recurso de unificación ha dejado de ser responsabilidad de la Sala Plena para atribuirse directamente a cada sección. Esto, podría señalarse, no parecería haber sido tan acertado en la medida en que el Legislador ha reducido la participación de las diferentes secciones, que como lo advirtió la misma Corte Constitucional en la Sentencia C-104 de 199359, promovía la uniformidad en los criterios para la solución de procesos en la medida en que todas las secciones contribuían en la elaboración de la sentencia de unificación.

La legitimación para proponer este recurso, dispone el artículo 260 de la Ley 1437 de 2011, está abierta a cualquiera de las partes o de los terceros procesales que hayan resultado agraviados por la providencia. Empero, el legislador advirtió que este recurso no puede sustituir de ninguna manera al recurso de apelación afirma nuestro doctrinante guía.

2.4 Precedente Judicial en la Jurisprudencia Constitucional

Según se dijo la Corte Constitucional recordó en la sentencia C-539-11 los diversos pronunciamientos que ha hecho prohiendo el precedente judicial de las Altas Corporaciones, especialmente de la Constitucional. Así fue como trajo a colación la sentencia C-131 de 1993 en que "...analizó el tema de las fuentes del derecho las cuales pueden ser formales o materiales. En cuanto a las fuentes formales del derecho, se refirió al contenido del artículo 230 Superior, para aclarar que las fuentes están constitucionalmente clasificadas en dos grupos que tienen diferente jerarquía: (i) una fuente obligatoria: el "imperio de la ley" (inciso 1°), y (ii) las fuentes auxiliares: la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina (inciso 2°)."

Aclaró la Corte en esa oportunidad que por "imperio de la ley" debe entenderse "ley en sentido material -norma vinculante de manera general- y no la ley en sentido formal -la expedida por el órgano legislativo-. Ello por cuanto, según se vió, la primera de las normas es la Constitución -art. 4° CP". De esta forma entiende la Alta Corporación que las fuentes auxiliares quedan comprendidas en el concepto de ley, y por ello su imperatividad. En efecto, precisó que "...la expresión "imperio de la ley" a la cual están sometidos los jueces, de conformidad con el artículo 230 C.P. se debe entender bajo la égida de dos garantías fundamentales: la igualdad ante la ley y la igualdad de protección de trato por parte de las autoridades. Así mismo, resaltó la función interpretativa del juez como un papel creador que tiene una justificación teleológica, sustancial y normativa en el Estado Social de Derecho."

2.5 Obligatoriedad de las Sentencias de la Corte Constitucional Para Todas las Autoridades Públicas y Particulares

Precisa la Alta Corporación Constitucional que con base en lo previsto en el artículo 243 de la Constitución Política “Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional” y que de acuerdo con lo previsto en el inciso 1° del artículo 21 del Decreto 2067 de 1991 “Las sentencias que profiera la Corte Constitucional tendrán el valor de cosa juzgada constitucional y son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares.”

Oportuno advertir que este texto es idéntico al artículo 243 de la Carta, salvo la parte en negrilla, que es una adición novedosa del Decreto 2067. Igualmente propicio recordar que tal norma fue declarada exequible por la Corte Constitucional, cuando afirmó:

“El inciso primero se limita a copiar parcialmente el inciso primero del artículo 243 de la Carta, para concluir, refiriéndose a las sentencias que profiera la Corte Constitucional, que “son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares”. Declaración que, en rigor ni quita ni pone, por ser redundante. Pues el hacer tránsito a cosa juzgada, o el tener “el valor de la cosa juzgada constitucional”, no es en rigor un efecto de la sentencia: no, más bien es una cualidad propia de ella, en general”

Es contundente la afirmación de la Alta Corporación. Piénsese que aún en los casos en que la Corte declara exequible una norma acusada por vicios de forma en su creación, la sentencia hace tránsito a cosa juzgada, pues en lo sucesivo será imposible pedir la declaración de inexequibilidad por tales vicios. “..Y la sentencia en firme, sobra decirlo, es de obligatorio cumplimiento. Además, las que recaigan en las acciones públicas de

inconstitucionalidad, tienen efecto erga omnes, por la naturaleza misma de la acción y por su finalidad”.²²

El antecedente del art. 243 de la Carta recuerdan los comentaristas, se encuentra en el informe presentado a la Asamblea Nacional Constituyente por José María Velasco Guerrero que es citado en la Sentencia C-131 /93, la cual sienta las bases de la interpretación que hace la Corte de la cosa juzgada. Del informe presentado por Velasco Guerrero se concluyó lo siguiente:

- Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional, producen efectos universales, erga omnes, (respecto de todos o frente a todos y no a una autoridad en particular) y hacen tránsito a cosa juzgada constitucional.
- Ni el ejecutivo ni el legislativo pueden reproducir el contenido material jurídico del acto declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsista la norma Constitucional que fue base para tal declaración.
- Como consecuencia de las dos razones anteriores se desprende que de no tener tal efecto los fallos de la Corte, ella se convertiría en una "pequeña asamblea constituyente, en función permanente", tratando interminablemente de decidir sobre demandas de inexecutable de una norma por otros motivos.
- La doctrina constitucional enunciada en las sentencias de la Corte Constitucional, mientras no sea modificada por ésta, será criterio auxiliar obligatorio para las autoridades y corrige la jurisprudencia.
- Las modificaciones a la doctrina existente, deberán ser explicadas en la sentencia.

²² Sentencia C-061/10

La Corte hace un análisis preciso sobre el mismo tema concluyendo los siguientes aspectos:

- Las sentencias de la Corte son fuente obligatoria para los jueces. En concordancia con el art. 243 de la C.P. e inciso 1o. del art. 21 del Decreto 2067/91, que estipula: Art. 21. Inciso 10. Decreto 2067/91. las sentencias que profiera la Corte Constitucional tendrán el valor de cosa juzgada constitucional y son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares.
- Una parte de las sentencias posee el carácter de cosa juzgada.
- La parte resolutive de las sentencias tiene efectos de cosa juzgada explícita, por disposición del art. 243 de la C.P.
- La parte motiva de las sentencias tiene el valor que la Constitución le asigna a la Doctrina, es decir criterio auxiliar obligatorio (art. 230 inciso 2o. de la C.P.).
- La parte motiva de las sentencias que "guarden una unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia, de tal forma que no se pueda entender éste sin la alusión a aquello " tiene efectos de cosa juzgada implícita. También son de cumplimiento obligatorio y corrigen la jurisprudencia.
- Son dos los fundamentos de la cosa juzgada, el primero lo otorga el art. 241 a la Corte Constitucional para velar por la guarda y supremacía de la Constitución. Al cumplir con este imperativo, la Corte dicta fallos con fuerza de cosa juzgada constitucional (art. 243 C.P.). De donde debe desprenderse dos soluciones: la declaratoria de inexecutable o executable de una norma; producto de un examen completo de todas y cada una de las normas constitucionales. El segundo fundamento está en el efecto erga omnes, según el art. 243 de la C.P.
- Considerar lo contrario, esto es, que únicamente la parte resolutive tiene fuerza de cosa juzgada, sería desconocer que, admitiendo una norma diferentes lecturas, el intérprete se acoja a lo dispositivo de una sentencia de la Corte Constitucional e

ignore el sentido que la Corporación - guardiana de la integridad y supremacía de la Carta -, le ha conferido a dicha norma para encontrarla conforme o inconforme con la Constitución. Ello de paso atentaría contra la seguridad jurídica dentro de un ordenamiento normativo jerárquico, como claramente lo es el colombiano por disposición del art. 4o. superior.

- Si la parte motiva de una sentencia relacionada con la parte resolutive no tuviese efectos de cosa juzgada, sería posible que la Corte volviera a estudiar determinados asuntos y hasta se produjesen cambios constantes en sus doctrinas y criterios

Las conclusiones a que arriba la Corporación Judicial aun cuando resultan de suma importancia, no ofrecen novedad, por cuanto existen antecedentes jurisprudenciales en similar sentido, como son las sentencias del 20 de Octubre de 1916, de la Corte Suprema de Justicia, M.P. Juan Méndez; del 9 de Julio de 1928 y de 17 de septiembre de 1967, de la misma corporación; también el Consejo de Estado se pronunció al respecto en sentencia de septiembre 9 de 1.981, C.P. Jacobo Pérez Escobar.

2.6 Efectos de las Sentencias a la Luz de la Jurisprudencia de la Corte Constitucional

Continuaremos la exploración de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, esta vez focalizando la mirada en los diferentes efectos que producen sus sentencias. En variadas decisiones, entre ellas la C-527 de 1.994, con la cual la Corte constitucional ha hecho importantes precisiones conceptuales sobre los diversos efectos y consecuencias que generan las sentencias de los órganos judiciales, especialmente las de esa Corporación, que para efectos del tema de investigación, resulta de sumo interés traerlas a estudio.

2.6.1 Cosa Juzgada Relativa

La Corporación desglosa el concepto de cosa juzgada y establece que es relativa atendiendo a los motivos tenidos en cuenta, es decir, si se predica únicamente cosa juzgado por los motivos estudiados por la Corporación, ésta será relativa. Con respecto a este asunto la Corte se pronunció así:

"No corresponde a la Corte efectuar una revisión oficiosa de leyes ordinarias, sino un control de aquellas normas que han sido expresamente demandadas por un ciudadano y presentar en debida forma una demanda implica no sólo transcribir la norma legal acusada sino también que el actor formule las razones por las cuales dichos textos se estiman violados. Esta corporación ha considerado que existe un ataque general contra una ley pero no ataques individualizados contra todos los artículos de la misma, la vía procedente es declarar constitucionales los artículos contra los cuales no hay acusación específica, pero precisando que la cosa juzgada es relativa, por cuanto sólo opera por los motivos analizados en la sentencia".

Ahora bien, explicando el alcance de la cosa juzgada, sin que lo diga la Corporación, pero así se intuye que está refiriendo a lo que alguna doctrina señala como cosa juzgada material, precisó: " Se dice que una sentencia tiene fuerza de cosa juzgada cuando ella se torna inmutable y definitiva y no puede ser modificada o revocada por ningún medio jurídico, ordinario o extraordinario, dentro o fuera del proceso en que se produjo".

Por suerte que el efecto de cosa juzgada constitucional relativa consiste en hacer inmodificable e irrevocable una sentencia pero única y exclusivamente por los motivos que fueron analizados en la sentencia. Y la cosa juzgada, entendemos material, es la que no puede ser desconocida por ningún medio ordinario o extraordinario.

2.6.2 Efectos Erga Omnes

“Las sentencias dictadas por Acción de Inconstitucionalidad, por ejercicio del Control Automático, o del control previo de los proyectos de ley, o del control de los Tratados Internacionales por parte la Corte Constitucional produce efectos universales frente a todos los colombianos, es decir, efectos erga omnes.”

Dedúcese de lo anterior que no toda sentencia pronunciada por la Corte Constitucional produce efectos frente a todos o universales.

2.6.3 Efecto Interpartes

En sus inicios la Corporación entendía que las sentencias de tutela, tan solo producían efectos interpartes. Posteriormente amplía el concepto para hacerla extensiva a todos aquellos que estuviesen en igual situación. “La parte motiva de las sentencias de tutela tiene efectos interpartes, ya que estas hacen parte de la doctrina constitucional y deben ser observadas por todos los ciudadanos.”

Hasta ahí su primera interpretación, porque viene la variación de doctrina que es la que hoy conocemos y debemos aplicar, el efecto erga omnes.

“Los efectos de las sentencias de tutela en su parte resolutive son interpartes, pero aquellos casos similares se convierten de obligatorio cumplimiento para los particulares (erga omnes). Tratándose de la excepción de inconstitucionalidad también tiene efectos interpartes, pues tal excepción la invoca una persona dentro de determinada actuación, proceso o circunstancia particular.”

2.6.4 Modulación de las Sentencias, Sentencia Integradora

Este tema, importantísimo, fue extensamente estudiado en la sentencia C-109 de 1.995. Sobre la Modulación, la Corte dijo: "La Constitución no ha establecido que la Corte esté atrapada en el dilema de mantener en forma permanente una norma en el ordenamiento (declaración de constitucionalidad) o retirarla en su integridad (sentencia de inexecutable), puesto que la Carta simplemente ha establecido que a la Corte compete "decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes" (C.P. 241 ordinal 4º). Por consiguiente, al decidir sobre estas demandas, la Corte debe adoptar la modalidad de sentencia que mejor le permita asegurar la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución. Y de esa manera lo ha hecho y lo seguirá haciendo esta Corporación. Así, en ciertas ocasiones, la Corte ha decidido mantener en el ordenamiento jurídico una norma pero condicionando su permanencia a que sólo son válidas unas interpretaciones de la misma, mientras que las otras son inexecutable (sentencias interpretativas de constitucionalidad condicionada). En otras oportunidades la Corte ha declarado la executable de determinada disposición legal pero con base en una interpretación conforme a la Constitución de la misma. En otros casos, la Corte ha limitado los efectos de la cosa juzgada constitucional a determinados cargos, o ha mantenido en el ordenamiento leyes acusadas por razones de procedimiento mientras se corregían los vicios formales de naturaleza subsanable. En ciertas sentencias de inexecutable, la Corte ha dado efectos retroactivos a su decisión mientras que en otras oportunidades, por el contrario, ha precisado que el fallo sólo comienza a tener efectos cuando se haya realizado la notificación a las otras autoridades constituidas.

Sobre lo que es una sentencia integradora, en la citada sentencia C-109 de 1.995, la corte ha dicho: "La sentencia integradora es una modalidad de decisión por medio de la cual, el juez constitucional, en virtud del valor normativo de la Carta (C.P. art. 4), proyecta los mandatos constitucionales en la legislación ordinaria, para de esa manera integrar aparentes vacíos

normativos o hacer frente a las inevitables indeterminaciones del orden legal. En ello reside la función integradora de la doctrina constitucional, cuya obligatoriedad, como fuente de derecho, ya ha sido reconocida por esta corporación. Y no podría ser de otra forma, por que la Constitución no es un simple sistema de fuentes sino que es en sí misma una norma jurídica, y no cualquier norma, sino la norma suprema (C.P. art.4), por lo cual sus mandatos irradian y condicional la validez de todo el ordenamiento jurídico.”

Esta es una de las argumentaciones medulares con la que la Corporación pudo incrustar en nuestro sistema jurídico, el precedente judicial propio del *comon law*, que para algunos aún hoy, expresan su desacuerdo, por encontrar una violación flagrante al propio artículo 230 de la C.N. Pero debemos ser insistentes en ello, se comparta o no, es una decisión que ya no admite ningún reproche de constitucionalidad, lo que permite al legislador la creación de figuras como las que ocupan nuestra investigación, sin que haya de tener alguna mácula constitucional.

2.6.5 Cosa Juzgada Explícita e Implícita

Distingue además la Corte Constitucional la cosa juzgada explícita e implícita en estos términos:

“...sobre el tema relativo a las partes de la sentencia de constitucionalidad que tienen la fuerza de la cosa juzgada, este fallo reiteró que la parte resolutive goza de cosa juzgada explícita, por expresa disposición del artículo 243 de la Constitución, y gozan de cosa juzgada implícita algunas consideraciones de la parte motiva que guarden unidad y relación directa con la decisión, los cuales “son también obligatorios y, en esas condiciones, deben ser observados por las autoridades y corrigen la jurisprudencia”

La Corte de unas luces muy tenues de lo que hoy constituye el precedente judicial que en sus palabras refiere a la cosa juzgada implícita y es por lo cual estimamos que la novedosa

figura tendrá problemas de aplicación práctica, por lo menos en sus inicios mientras estos conceptos son decantados. La Corte habla de algunas consideraciones que por tener relación directa con lo decidido se tornan obligatorias. La inquietud es en la práctica como desentrañar esas características tan particulares y definitivas. Más adelante volveremos sobre el tema

2.6.6 Función Creadora de la Jurisprudencia

Todo parece indicar que la jurisprudencia de la Corte no tiene líneas claramente trazadas sobre la diferenciación de la jurisprudencia y el precedente. Alguna doctrina foránea, como se analizará en su oportunidad sí tiene esos linderos muy bien identificados estableciendo la importancia de hacerlo. Recordemos por ejemplo que advertíamos en anterior capítulo la laxitud con que han sido manejados y se siguen manejando, pues mientras que el C.G.P. habla de doctrina probable, el CPACA, de unificación de jurisprudencia.

“... la función creadora del juez mediante su jurisprudencia se lleva a cabo a través de la construcción y ponderación de principios de derecho, que informan el ordenamiento jurídico a través de la tarea de interpretación e integración del ordenamiento jurídico, y que es allí precisamente donde radica la importancia de la tarea del juez y del precedente judicial.”

2.6.7 Doctrina Probable

La Corte entiende por doctrina probable la “Regla de interpretación de la jurisprudencia prevista en Colombia desde hace dos siglos, consistente en que varias decisiones en un mismo sentido constituyen doctrina probable. La doctrina probable, dicen los comentaristas, es una institución que aparece en el ordenamiento jurídico colombiano para facilitar a la Corte Suprema de Justicia, como tribunal de casación, ejercer su función de unificar la jurisprudencia nacional. Dicha justificación mantiene plena vigencia, haciéndola extensiva a las otras Altas Corporaciones Judiciales.”

La Corte acepta por doctrina probable un conjunto de decisiones en igual sentido, sin hacer más precisiones, a qué clase de ellas, y según sea el órgano o autoridad que la emita; se insiste, son todas. Prosigue la Corporación ahondando en el concepto:

En este último fundamento, encontró la Corte la razón de la figura de “doctrina probable” constituida por un número plural de decisiones judiciales, las cuales han sido formuladas aplicando la ley a situaciones sociales concretas y por tanto fijando el alcance de la misma frente a dichas situaciones. Frente al carácter probable de esta doctrina, la Corte evidenció que tres decisiones sobre un mismo punto de derecho pueden no ser suficientes para dar certeza a los jueces sobre el alcance interpretativo de la ley, pero no puede ser óbice para desconocer las interpretaciones que hace la Corte Suprema de Justicia.

Acepta la Corporación que la doctrina probable la conforma pluralidad de pronunciamientos en un mismo sentido, pero admite también que un solo pronunciamiento obliga a ser considerado o tenido en cuenta por los jueces en sus posteriores decisiones. Esta conceptualización de la Corte explica y justifica que en una legislación se hable de doctrina probable mientras que en otra de sentencia de unificación. Igualmente que baste un solo pronunciamiento para que nazca el deber de ser tenido en cuenta sin que interese si es poco o suficiente.

Justificando la Corte la obligatoriedad de la doctrina estribada en el derecho de la igualdad, nuevamente permite avizorar que su condición es que se trate de varios pronunciamientos.

“De otra parte, constató la Corte que el fundamento constitucional de la vinculatoriedad de la doctrina elaborada por la Corte Suprema se encuentra en últimas en el derecho a la igualdad ante la ley y la igualdad de trato, que se materializa a través de las decisiones judiciales fundadas en interpretaciones uniformes y consistentes, y no se podría garantizar si existiera una discrecionalidad absoluta de los jueces para interpretar y

aplicar la ley. Sostuvo que la discrecionalidad no se puede confundir con el concepto de autonomía judicial, la cual debe necesariamente ejercerse y desarrollarse en armonía con los principios y derechos de la Carta, especialmente con el derecho a la igualdad, ya que solo a través de una interpretación y aplicación consistente, coherente y uniforme de la ley se pueden garantizar los principios y derechos constitucionales. Una actuación contraria de los jueces, so pretexto de su autonomía judicial sería arbitraria y se encontraría en clara contravía de la Carta Política”

Es visible que no hay la suficiente claridad en la posición de la Corte al justificar la doctrina probable y que así no haya conjunto de pronunciamientos en idéntico sentido, debe ser respetado para proteger el derecho a la igualdad.

Otro argumento que sirve de apoyo a la Corte para prohijar el respeto y seguimiento a pronunciamiento único es el de la seguridad jurídica, el cual nosotros consideramos que por tratarse de un solo pronunciamiento y no varios como lo pregona la doctrina probable, puede causar el efecto contrario de inseguridad jurídica. Fijo la Corporación:

“Adicionalmente, este falló señaló que no solamente la garantía de la igualdad, desde un punto de vista material, justifica la obligación de los jueces y de la Corte Suprema de seguir formalmente las decisiones de ésta última, sino que también lo hace, desde un punto de vista formal, la necesidad de garantizar la seguridad jurídica y la confianza legítima en la administración de justicia, cuya garantía es inaplazable para el ejercicio de las libertades individuales”.

2.6.8 Precedente Judicial

Para la Corte Constitucional el precedente judicial lo conforma un número plural de sentencias. Entonces, un criterio diferenciador para esta Corporación entre doctrina y precedente sería el número de decisiones, para este caso, concretamente sentencias.

- Definición

“...esta Corporación ha definido el precedente judicial como “aquel antecedente del conjunto de sentencias previas al caso que se habrá de resolver que por su pertinencia para la resolución de un problema jurídico constitucional, debe considerar necesariamente un juez o una autoridad determinada, al momento de dictar sentencia”²³

- Relevancia del precedente

La relevancia de una sentencia antecedente para la solución del caso siguiente se presenta si se cumple alguno o varios de los siguientes aspectos:

“i. En la *ratio decidendi* de la sentencia se encuentra una regla relacionada con el caso a resolver posteriormente.

ii. La ratio debió haber servido de base para solucionar un problema jurídico semejante, o a una cuestión constitucional semejante (a la que se estudia en el caso posterior).

iii. Los hechos del caso o las normas juzgadas en la sentencia anterior deben ser semejantes o plantear un punto de derecho semejante al que debe resolverse posteriormente. En este sentido será razonable que “cuando en una situación similar, se observe que los hechos determinantes no concuerdan con el supuesto de hecho, el juez esté legitimado para no considerar vinculante el precedente”²⁴

- Obligatoriedad del precedente

Precisa la Corporación que el sentido, alcance y fundamento normativo de la obligatoriedad de sus sentencias para los demás jueces varía según se trate de fallos de tutela o de constitucionalidad, advirtiendo que en todo caso existen aspectos comunes a saber:

²³ Sentencia T-482/11

²⁴ Sentencia T- 1317 /11

- I. En lo que toca a los fallos de constitucionalidad, el carácter obligatorio de la jurisprudencia constitucional se desprende de sus efectos erga omnes y de la cosa juzgada constitucional. Además, por mandato expreso del artículo 243 Superior, los contenidos normativos que la Corte declara contrarios a la Constitución no pueden ser reproducidos por ninguna autoridad. En cuanto a la parte motiva de estas sentencias, en la medida en que la *ratio decidendi* contiene la solución constitucional a los problemas jurídicos estudiados debe ser atendida por las demás autoridades judiciales para que la aplicación de la ley sea conforme con la Constitución, norma de normas²⁵
- II. “En el evento en que un juez desconozca abiertamente un precedente constitucional, la sentencia judicial ciertamente incurrirá en un defecto que la separa de la coherencia orgánica con la Constitución. En ese caso, la decisión judicial puede verse avocada a una acción de tutela contra providencias judiciales por defecto sustantivo, llamada genéricamente vía de hecho, en el evento en que se aparte “de las pautas de obligatorio cumplimiento fijadas por esta Corporación como su intérprete autorizado²⁶
- III. En relación con las sentencias de revisión de tutela, el respeto por la *ratio decidendi* de estos fallos es necesario para lograr una concreción del principio de igualdad en la aplicación de las leyes, constituye una exigencia del principio de confianza legítima que prohíbe al Estado sorprender a los ciudadanos con actuaciones imprevisibles, y un presupuesto para garantizar el carácter normativo de la Constitución y la efectividad de los derechos fundamentales así como la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico²⁷
- IV. La Corte ha considerado que la obligatoriedad de la *ratio decidendi* de los fallos de tutela se desprende del principio de igualdad y del acceso a la administración de

²⁵ Sentencia C-131/93

²⁶ Sentencias T-292/06 y T-468/03

²⁷ Sentencia T-292/06

justicia pues (de no ser así) la aplicación de la ley y la Constitución dependería del capricho de cada juez - y se habla de capricho precisamente para referirse a los casos en los que los jueces no justifican por qué se apartan de la jurisprudencia de unificación -, de manera tal que casos idénticos o similares podrían ser fallados en forma absolutamente diferente por distintos jueces e incluso por el mismo juez y al acceso a la administración de justicia porque "...las decisiones de la Corte y su interpretación de la Constitución serían ignoradas por los jueces, en contra del derecho de los asociados a que exista una cierta seguridad jurídica acerca de la interpretación de las normas"²⁸

- V. ...el desconocimiento de la doctrina contenida en las decisiones de revisión de tutela se traduce en una vulneración al principio de igualdad en la aplicación de la ley, de la confianza legítima, y de la unidad y coherencia del ordenamiento²⁹

Concluyo de lo anterior que la obligatoriedad del precedente varía según se trate de sentencias de constitucionalidad o tutela. De las primeras, porque la propia constitución le imprime esa consecuencia y alcance, que al desconocerse produce un defecto que abre paso a la tutela. Las segundas son de imperativo cumplimiento su ratio decidendi para salvaguardar principios superiores como el de la igualdad y seguridad jurídica. Estas última son el manantial de inspiración del legislador para hacerlo extensivo a las decisiones de jueces diferentes a la jurisdicción constitucional.

- Desestimación del precedente

La jurisprudencia de la Corporación judicial puede ser desconocida válidamente en los siguientes eventos:

²⁸Sentencias T-566/98 y C-104/93

²⁹ Sentencia T-292/06

- I. aplicando disposiciones legales que han sido declaradas inexecutable por sentencias de constitucionalidad; (ii) aplicando disposiciones legales cuyo contenido normativo ha sido encontrado contrario a la Constitución; (iii) contrariando la ratio decidendi de sentencias de constitucionalidad; y (iv) desconociendo el alcance de los derechos fundamentales fijado por la Corte Constitucional a través de la ratio decidendi de sus sentencias de tutela(...)
- II. el principio de autonomía funcional del juez implica que éste puede separarse del precedente jurisprudencial siempre y cuando encuentre razones debidamente fundadas que le permitan separarse de él, cumpliendo con una carga argumentativa encaminada a mostrar que el precedente es contrario a la Constitución, en todo o en parte”³⁰
- III. El principio de autonomía funcional del juez implica que éste puede separarse del precedente jurisprudencial siempre y cuando “(...) encuentre razones debidamente fundadas que le permitan separarse de él, cumpliendo con una carga argumentativa encaminada a mostrar que el precedente es contrario a la Constitución, en todo o en parte”.

No es seguimiento ciego y absoluto al precedente judicial. La Corte enseña los eventos en que razonada y justificadamente los jueces pueden apartarse de ellos. No es entonces criterio absoluto que en todos los escenarios el juez axiomáticamente deba acatar decisión anterior. Eso sí en el evento de hacerlo debe explicar suficientemente las razones que lo llevaron a apartarse de dicho precedente.

2.7 Precedente y Jurisprudencia

En el lenguaje corriente y aún en el especializado se emplean sin distingo alguno los conceptos jurisprudencia y precedente como si fuesen sinónimos, lo cual no es cierto. Apoyados en doctrina foránea, pasa a plasmarse las hondas diferencias.

³⁰ Sentencia T-292/06

La doctrina refiere a diferencias de carácter cuantitativo, indicando que cuando se alude a precedente se trata de una decisión relativa a un caso particular, en tanto que en la jurisprudencia se alude a varias decisiones, bastantes decisiones atinentes a casos concretos.

“En los sistemas que tradicional y típicamente se fundamentan en el precedente, generalmente la decisión que se asume como precedente es una sola; mas aún, pocas decisiones sucesivas son citadas para sostener el precedente. De este modo, es fácil identificar cual decisión verdaderamente “hace precedente” En cambio, en sistemas como el italiano, en los que se alude a la jurisprudencia, se hace referencia generalmente a muchas decisiones”³¹

Dentro de esos varios pronunciamientos que pueden ser hasta centenas sobre un mismo aspecto, se tiene el inconveniente de establecer cuál es el verdaderamente relevante y si debe existir un número determinado de ellos para que verdaderamente conformen jurisprudencia.

En cuanto a la diferencia cualitativa se dice que el precedente provee una regla susceptible de ser universalizada, que puede ser aplicada como criterio de decisión en el caso sucesivo, en función de la identidad o, como sucede regularmente de la analogía entre los hechos del primer caso y los hechos del segundo caso. la analogía entre los dos casos es afirmada o excluida por el juez del caso sucesivo según retenga prevalentes los elementos de identidad o los elementos de diferencia entre los hechos de los dos casos.³²

Naturalmente que es el juez del siguiente caso el que establece o no el precedente y si encuentra su aplicación, sería éste el funcionario que crea el precedente. El punto medular

³¹ Taruffo, Michelle. (2007). Precedente y jurisprudencia. *Precedente: Anuario Jurídico*. 87p.

³² Taruffo, M. Ob,Cit. 88p.

para establecer si hay o no lugar a crear el precedente es el análisis correcto de la situación fáctica.

Si este análisis justifica la aplicación en el segundo caso de la ratio decidendi aplicada en el primero, el precedente es eficaz y puede determinar la decisión del segundo caso. Se observa que cuando se verifican estas condiciones, un solo precedente es suficiente para fundar la decisión del caso sucesivo.³³

Por el contrario en el empleo de la jurisprudencia, sus características son diferentes. En primer lugar el análisis comparativo de los hechos, en la mayoría de casos no se da. Acá lo que adquiere relieve son las máximas elaboradas por la Sala de Casación que corresponda. “La característica más importante de las máximas es que se trata de enunciaciones que se concretan en pocas frases que tienen por objeto reglas jurídicas. Estas reglas tienen generalmente un contenido más específico respecto al dictado textual de la norma de la cual se construye una interpretación; sin embargo, son siempre formuladas como reglas, es decir, como enunciaciones generales de contenido preceptivo.”³⁴

Las máximas elaboradas por las altas cortes son enunciaciones generales de tipo preceptivo que se convierten en reglas jurídicas, quizá en principios con más aporte por su contenido y expresión que la propia norma legal, las cuales no son típicas en el sistema de precedente el cual se compone de la totalidad de la sentencia y no de partes o extractos de la misma.

Acorde con lo anterior, en la jurisprudencia generalmente no se analiza la situación de hecho sino la interpretación jurídica, en tanto que en el sistema de precedente su analogía

³³ Taruffo, M. 88p.

³⁴ Taruffo, M. 88p.

parte de la situación fáctica para saber si puede o no ser aplicado al caso subsiguiente. Lo anterior es tan válido que en nuestro sistema en el análisis de jurisprudencia resulta totalmente irrelevante detenerse en los hechos, y los extractos jurisprudenciales tan solo dan cuenta de la interpretación normativa realizada por la respectiva Corte frente a la norma interpretada o analizada, más aún si se trata de la labor de casación, donde por vía de principio a ella no le incumbe estudiar la situación fáctica al no ser una tercera instancia.

Se resiente la doctrina por la inseguridad que representa la jurisprudencia, lo que dice no suceder, o por lo menos con menor frecuencia en el sistema del precedente, lo cual se justifica por el sinnúmero de sentencias que tienen que pronunciarse en este modelo de administración de justicia. "A menudo se descubre que la jurisprudencia es incoherente y contradictoria. Se deberá tratar entonces de establecer si existe o no jurisprudencia conforme, si existe una jurisprudencia prevalente, si la jurisprudencia es incierta, o si inclusive tenemos una situación de caos jurisprudencial. En los ordenamientos que verdaderamente se fundan en el uso del precedente estos problemas no existen, o surgen solamente en poquísimos casos límite. Para explicar esta diferencia basta un dato: actualmente la House of Lords pronuncia en promedio menos de 100 sentencias al año, mientras que la Corte Suprema de los Estados Unidos, que igualmente es juez de constitucionalidad, pronuncia menos de 200. Nuestra Corte de Casación pronuncia medianamente cerca de 50.000 sentencias al año."³⁵

Como dijimos al principio, ni en el argot judicial se tiene claridad sobre estos criterios distintivos de las figuras en comento, lo cual resulta de vital importancia por las consecuencias que ofrece.

³⁵ Taruffo, M. Ob.cit. 89p.

Mientras que para la Corte Constitucional el precedente lo conforma un conjunto de decisiones en la misma dirección, la doctrina citada nos enseña que basta una sola para constituirlo. Por el contrario es la jurisprudencia la que tiene la connotación de ser múltiple y consonante para que tenga fuerza de convicción. La utilidad de una figura y otra es también diferente conforme a la autorizada doctrina.

De cualquier modo, en Colombia, como tantas veces lo he señalado, se habla indistintamente, de doctrina probable, jurisprudencia y precedente, con las implicaciones que ello apareja.

2.7.1 Fuerza del Precedente

He hablado ya de la fuerza del precedente apoyado en doctrina de la Corte Constitucional. Añádase ahora unos criterios traídos por el doctrinante que nos sirve de guía que ayudan a afianzar la figura y sus efectos vinculantes:

Precedente en sentido propio: es decir, aquella parte de la sentencia a la cual se hace referencia para derivar de ella la regla de juicio aplicable al caso sucesivo, es decir la regla de derecho que constituye el fundamento directo de la decisión sobre los hechos específicos del caso (*Ratio decidendi*). Para diferenciarla de la (*obiter dictum*) traducida en todas aquellas afirmaciones y argumentaciones que se encuentran en la motivación de la sentencia pero que, no obstante su utilidad para la comprensión de la decisión y de sus motivos, no constituyen parte integrante del fundamento jurídico de la decisión. Esta parte de la decisión no constituye precedente.

Comenta la doctrina que en el sistema de jurisprudencia no es extraño que también se haga uso de la *obiter dictum*, solamente que no siempre se hace de manera correcta. "No es

inhabitual que las máximas contengan *obiter dicta*, ya que quien formula la máxima a menudo extrae del texto de la sentencia cualquier enunciación sin verificar si esa es o no la base efectiva de la decisión. La práctica judicial no es infrecuente que se comporte del mismo modo, retomando cualquier parte de la sentencia que parezca útil invocar como precedente. En tal caso se vuelve del todo incierto qué es aquello que se utiliza para reforzar la justificación de la decisión sucesiva, de manera que los *obiter dicta* pueden – aunque indebidamente – “hacer precedente”.³⁶

Por otra parte en el sistema de precedente no es verdad absoluta que siempre se aplica al caso siguiente de manera axiomática, pues los jueces recurren a diferentes técnicas a fin de no atenderlo cuando estiman que no deben hacerlo. "...no es apropiado decir que el precedente de *common law* es vinculante, en el sentido de que de él se deriva una verdadera y propia obligación del segundo juez de atenerse al precedente. Es notorio que también en el sistema inglés, que parece ser aquel en el que el precedente está dotado de mayor eficacia, los jueces usan numerosas y sofisticadas técnicas argumentativas, entre ellas el *distinguishing* y el *overruling*, a fin de no considerar como vinculante el precedente que no pretenden seguir”³⁷

Por suerte que si bien sigue siendo cierto que el precedente en ese sistema sigue siendo el derrotero a seguir en el caso siguiente, teniendo plena fuerza vinculante, también lo es que bien puede el juez válidamente separarse de él cuando estime que deba hacerlo para encontrar una solución más justa al caso que deba decidir.

En el sistema americano no sucede nada diferente, sus jueces aplican los precedentes con gran discrecionalidad, cuando no encuentran razones suficientes para no hacerlo. El *stare decisis* continúa existiendo, de manera tal que los jueces generalmente explican por qué no continúan con el precedente. Por consiguiente la eficacia del precedente tan solo se presenta cuando el segundo juez lo comparte, de no ser así el precedente es desatendido.

³⁶ Taruffo, M. Ob.cit. 89p.

³⁷ Taruffo, M. Ob, cit. 90p.

En nuestro sistema (*civil law*) últimamente como se ha dicho en anteriores capítulos, se le ha venido dando especial importancia y aplicación al sistema del precedente por virtud de los pronunciamientos de la Corte Constitucional, pero además, y así hay que reconocerlo, porque debido a la importancia, a la autoridad y a la persuasión de ciertos pronunciamientos, terminan imponiéndose como faros de guía para las nuevas decisiones que han de adoptar los jueces venideros. Ahora bien, es también verdad inconcusa que esta es una excepción, pues infortunadamente la regla es más bien el empleo casual, confuso, desordenado, y en consecuencia irracional, de grupos de sentencias escogidas sin ningún criterio, presentándose una "citomanía" malsana que estanca la producción de la jurisprudencia.

Con acierto la doctrina señala que en una situación de este género se puede atribuir una cierta eficacia persuasiva a la jurisprudencia, cuando ella no es contradictoria y cuando se pueden individuar "líneas de precedentes" suficientemente uniformes. Se llega, en sustancia, a una aproximación cuantitativa más que cualitativa, puesto que se tiende a pensar que son más las decisiones a favor de una cierta solución. Sin embargo, esta solución se le impone al juez sucesivo, sin considerar que a menudo se trata de decenas de reproducciones mecánicas de la misma máxima, y sin reflexionar que la fuerza persuasiva de cada singular decisión es inversamente proporcional al número de las decisiones conformes. Como se ha mencionado, el verdadero precedente es tendencialmente uno solo. Cuando se manejan decenas o centenares de sentencias se está fuera de la lógica del precedente.

2.8 La Doctrina del Derecho Viviente

Al igual que las anteriores, es una doctrina abordada por la H. Corte Constitucional según la cual las normas jurídicas no se aplican exclusivamente atendiendo a su texto

literal, sino que debe atenderse, además, el uso que de ellas han realizado los operadores jurídicos, teniendo en cuenta el entendimiento que les ha dado la doctrina y la jurisprudencia.

“Se conoce como derecho viviente la invocación del sentido que los jueces le dan a la normativa, como fuente de conocimiento de su sentido material, y para que pueda hablarse de una interpretación normativa con fuerza de derecho viviente se requiere que dicha interpretación sea consistente, consolidada y relevante: Con el fin de que el derecho viviente en la jurisprudencia se entienda conformado, se deben cumplir varios requisitos que muestren la existencia de una orientación jurisprudencial dominante, bien establecida. Entre ellos, son requisitos sine qua non los siguientes: (1) la interpretación judicial debe ser consistente, así no sea idéntica y uniforme (si existen contradicciones o divergencias significativas, no puede hablarse de un sentido normativo generalmente acogido sino de controversias jurisprudenciales); (2) en segundo lugar, la interpretación judicial debe estar consolidada: un solo fallo, salvo circunstancias especiales, resultaría insuficiente para apreciar si una interpretación determinada se ha extendido dentro de la correspondiente jurisdicción; y, (3) la interpretación judicial debe ser relevante para fijar el significado de la norma objeto de control o para determinar los alcances y efectos de la parte demandada de una norma.”³⁸

Antecedente de esta doctrina se encuentra enunciada en una aclaración de voto en fallo de tutela realizada por el Magistrado Rodrigo Uprimny³⁹ en la cual sostuvo que “Doctrina del Derecho Viviente” fue desarrollada por la Corte Constitucional Italiana, como un elemento que sirve de sustento al ejercicio del Control de Constitucionalidad de las interpretaciones judiciales, buscándose con la misma dos propósitos esenciales, cuales son, de un lado brindar alguna forma de armonización al carácter abstracto del control constitucional, para articularlo con los significados concretos y efectivos que deben dársele a las disposiciones

³⁸ Sentencia C-637/09

³⁹ Sentencia T-1317/11

jurídicas que han sido demandadas, a la hora de verificar su aplicación concreta en la práctica jurídica y social y, de otro lado, propender por una armonización entre el reconocimiento y protección que los artículos 228 y 230 de la Constitución le dan a la autonomía de los funcionarios judiciales en la interpretación de la ley, con relación a la competencia que le corresponde a la Corte Constitucional, respecto de la guarda de la integridad y supremacía de la Carta Política, tal como lo dispone el artículo 241 constitucional.

Por suerte que a la luz de la doctrina del derecho viviente le corresponderá al juez, cualquiera sea su jurisdicción, al momento de emitir sentencia, revisar las interpretaciones que con mayor preponderancia viene haciendo la jurisprudencia y la doctrina de la mayor autoridad científica en relación con la normatividad legal que ha de aplicar al caso concreto buscando precisar el sentido mismo de la disposición que se analiza, verificando si se trata de una tendencia interpretativa preponderante, debido a que con tal actitud el juez constitucional va a reconocer y, además, respetar las interpretaciones legales adelantadas por los funcionarios judiciales de otras jurisdicciones, aparte de lo cual la actividad judicial y el control constitucional van a recaer sobre el derecho que realmente les corresponde vivir a los ciudadanos, no generando contenidos meramente hipotéticos, que podrían eventualmente inferirse de los textos legales que no han tenido ninguna aplicación práctica.

Vale la pena ahondar en algunos conceptos plasmados en este aparte, ya que se ha entendido tradicionalmente que la Corte Constitucional, dentro de sus competencias atinentes al control de constitucionalidad, puede declarar exequibles o inconstitucionales normas legales y algunos decretos del Gobierno dictados en estados de excepción, mas no tiene la potestad de, por vía de fallos de constitucionalidad, declarar ajustados o no a la Carta Política pronunciamientos de los órganos judiciales. Pero resulta que en algunos pronunciamientos emitidos en el presente siglo , dicho Tribunal consideró tener competencia para analizar si determinadas interpretaciones judiciales se ajustan o no a la Constitución, como ocurrió por ejemplo en la sentencia C-426 del 2002, en la cual se

declaró el sentido en que debe entenderse el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, habiéndose decidido en dicha sentencia la inconstitucionalidad de la interpretación que venía dándole el Consejo de Estado, el cual sostenía que si se instauraba una acción de simple nulidad como consecuencia de cuya prosperidad se podría producir un eventual restablecimiento en el derecho respecto de alguna persona, sería necesario verificar si el demandante tenía legitimación en la causa para instaurar la acción y si la misma no se encontraba caducada al ser entendida como una de nulidad y restablecimiento del derecho, para cuya interposición existe un plazo de cuatro meses a partir de la notificación, publicación o comunicación del acto administrativo. La Corte Constitucional determinó declarar exequible el artículo 84 de dicho Código, siempre y cuando se entienda que la acción de simple nulidad allí consagrada, también procede contra actos administrativos de carácter particular y concreto, siempre y cuando se persiguiera únicamente un control de legalidad abstracto sobre el acto o la disposición demandados.

Como colofón de este aparte, puede entonces afirmarse que, a la luz de la doctrina del derecho viviente, las disposiciones del Código Civil, que fue expedido en el siglo XIX, pueden y deben ser interpretadas y aplicadas de conformidad con las tendencias jurídicas contemporáneas, es decir a la luz de la Constitución de 1991, del desarrollo jurisprudencial realizado a partir de la misma y de los postulados de los doctrinantes y profesores de derecho nacionales y extranjeros, sin requerirse una reforma legislativa expresa realizada por el Congreso de la República, lo cual de paso permitirá un avance jurídico importante, claro y transparente, evitando la proliferación de leyes y más leyes que lejos de aclarar el panorama para los operadores jurídicos, las más de las veces lo que hacen es generar confusiones acerca de derogatorias tácitas, aplicaciones temporales y transitorias e inclusive cambios legales en disposiciones con apenas unos pocos meses.

3. CAPITULO 3

PRECEDENTE EN EL NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

En el nuevo estatuto procesal y contencioso administrativo encontramos de manera sistemática una regulación coherente y compacta sobre la aplicación de los precedentes impartidos por el Órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa, a la cual denomina sentencias de unificación.

En efecto, además de establecer el recurso extraordinario de unificación, sobre el cual se hicieron unos comentarios líneas atrás, en tres preceptos medulares regula la aplicación del precedente, iniciando en la fase administrativa de manera oficiosa a iniciativa de la autoridad administrativa (art. 10), si así no se procede, la facultad del administrado de acudir a la propia administración para provocar su aplicación a través de su derecho constitucional de petición (art. 102) y ante su negativa o silencio, comparecer ante la jurisdicción contenciosa para que su máxima autoridad lo resuelva (Art. 269).

Comentando la nueva figura, un autorizado doctrinante foráneo dictamina: "...se ha introducido pues, con la modificación del código, una técnica que indudablemente habrá de

contribuir, si tiene éxito, a un aseguramiento real de la sujeción al Derecho de la actuación administrativa”.⁴⁰

De su parte un Consejero de Estado presenta la siguiente óptica “Mediante las sentencias de unificación jurisprudencial el Consejo de Estado asume una importante y nueva función, la de identificar las decisiones de la jurisdicción que constituyan jurisprudencia establecida, reiterada, comúnmente aceptada por los jueces y por tanto permanente en determinados puntos de derecho, y fijarlas con toda formalidad en estas sentencias especiales que se convertirán, hacia el futuro, en guía segura, conocida y previsible de las autoridades administrativas y de los jueces en su función ejecutora de la ley.”⁴¹ Se comparte la óptica del eminente doctrinante, pero haciendo la salvedad que ab initio, basta un solo pronunciamiento de unificación de la Alta Corporación, sin menester de que sea reiterado, para que sea de obligada extensión a casos similares. Ahí se percibe un “halo” de “inseguridad jurídica” al tener que ser aplicada axiomáticamente, ya que salvo que la autoridad administrativa tenga el temperamento suficiente para apartarse de tal proveído, que en su gran mayoría no se tiene, se terminaría haciendo extensiva una decisión hasta ese momento muy controversial, quizá, dividida, a punto tal que fue menester un pronunciamiento de unificación del órgano de cierre contencioso administrativo.

Esta situación que acaba de exponerse puede ser frecuente, por lo menos en los albores de la aplicación de la nueva institución y en esas condiciones, no se aprecia la seguridad jurídica que se aspira a obtener. “Si tiene éxito”, dijo un doctrinante anterior, se estima que en un mediano plazo se podría ver su utilidad, pero se insiste, en el inmediato futuro, no será posible.

⁴⁰ Parejo Alfonso Luciano, 2011. “El nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo desde la perspectiva del derecho comparado”, Bogotá, Consejo de Estado y Contraloría General de la República, p. 105-110.

⁴¹ HERNÁNDEZ BECERRA, AUGUSTO, El nuevo código y la constitucionalización del Derecho Administrativo.

Sobre el alcance de la novísima figura traducida en deber para la administración de darle aplicación motu proprio, enfatiza el doctrinante “La administración está llamada a decidir, oficiosamente, de conformidad con las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado, ésta es su obligación, que deberá cumplir sin necesidad de que el interesado esté obligado a realizar trámites especiales. Con todo, la omisión de este deber por parte de las autoridades, además de dar lugar a las responsabilidades consiguientes, confiere a los ciudadanos derecho de pedir, primero ante la propia administración y eventualmente ante el Consejo de Estado, que su asunto se decide de acuerdo con una sentencia de unificación jurisprudencial. Se trata, en el primer caso, de un derecho de petición que tiene régimen y procedimiento especial en el artículo 102 del código. En el segundo caso, de una pretensión especial de carácter judicial que podrá elevar ante el Consejo de Estado mediante el mecanismo de “extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado” consagrado en el artículo 269 del código.”⁴²

En otra importante ponencia, el mismo doctrinante, pronosticando la suerte y utilidad de la nueva figura vaticina: El desarrollo de la doctrina del precedente jurisprudencial que se propone en la ley 1437 de 2011 contribuirá a garantizar de mejor manera el derecho colectivo a la seguridad jurídica, la certidumbre en el derecho de cada quien y la precedibilidad de los fallos judiciales. Su aplicación en sede administrativa redundará, por tanto, en mejor servicio, en eficaz garantía de los derechos de todas las personas, en disminución de la litigiosidad originada en actos ilegales y, por tanto, en menor congestión de la justicia.”⁴³

⁴² HERNÁNDEZ BECERRA, AUGUSTO, El nuevo código y la constitucionalización del Derecho Administrativo.

⁴³ HERNÁNDEZ BECERRA, AUGUSTO, El nuevo código y la constitucionalización del Derecho Administrativo.

A despecho de lo que augura el autorizado jurista, se estima que ello no ha de ser así, cuando menos en sus primeros años de vida jurídica, conforme se adelantó en anteriores párrafos. Las razones que nos llevan a hacer esta afirmación, son entre otras: 1) Mientras que no existan sentencias absolutamente diáfanas al precisar qué constituye idéntica situación fáctica y jurídica, entiéndase precedente judicial, la autoridad administrativa estará en las nebulosas, pues como lo advierte Darío Gómez Lee "...la sentencia de unificación tendrá que ser muy cuidadosa al precisar los supuestos fácticos y jurídicos. En un proceso laboral tendrá que decir ¿para qué entidades aplica?, ¿para que funcionarios, de que nivel o cargo?, ¿dirá que aplica para la restructuración del año tal? ¿podrá ser entonces extensiva entonces a otra entidad. ¿No podrá ser extensiva a otra restructuración o funcionarios de otro nivel o cargo?

“La buena administración debe, en cierta forma, anticipar y prevenir la demanda de justicia contra sus errores, especialmente en el ámbito de la jurisdicción de tutela y es de esperar por tanto, que uno de los impactos del nuevo código en el mediano plazo sea una sensible disminución en el volumen de los juicios de tutela, que con el tiempo deberían convertirse en algo excepcional. El que hoy los procesos de tutela tengan inundada la jurisdicción es claro indicador de la mala calidad de la función administrativa.”⁴⁴

Justamente la afirmación del doctrinante sirve de estribo para concluir lo contrario. Si se revisan los kilómetros de tinta que de manera magistral ha escrito la guardiana de la Constitución, desde hace ya más de dos décadas sobre derechos fundamentales, vendría siendo hora que cesaran dichas acciones en temas tan sensibles donde, como se anotó existe profusa jurisprudencia en idéntico sentido. Sin ser pesimistas, si bien, no se espera que su mora sea de la misma intensidad, sí nos atrevemos a sostener que en el mediano plazo no verá luz el querer del doctrinante.

⁴⁴ BECERRA, Ob. Cit. p244

El Diario El Tiempo registra la siguiente noticia: “En el primer trimestre del 2013, para acceder a los servicios de salud, ya se han interpuesto 1.018 tutelas. El año pasado se reportaron 12.179 acciones de tutelas y 2.607 incidentes de desacato para proteger este derecho fundamental, según la Federación Nacional de Personeros (Fenalper).

Medellín, Manizales, Armenia, Neiva y Villavicencio son las zonas del país donde más se recurre a la tutela para proteger el derecho a la salud. “Las tutelas se constituyen, casi, en la herramienta exclusiva para garantizar el goce efectivo del derecho a la salud ante un sistema de seguridad social en salud que opera de manera retardada, ineficiente e inoportuna que demuestra, claramente, la negligencia en la prestación del servicio”. dijo el presidente de Fenalper, Andrés Santamaría.

En el primer trimestre de este año, a través de estos órganos de control y de derechos humanos, se acudió en Neiva a 268 tutelas, en Armenia interpusieron 227, en Villavicencio 122, en Valledupar 80 y en Ibagué 75. El año pasado, en Medellín, interpusieron 7.390 tutelas, el 60,7 por ciento del total reportado en el país. Después aparece Manizales con 2.732 tutelas que representaron el 22,4 por ciento de estas acciones. En Armenia se contabilizaron 998, en Neiva 400 y en Villavicencio 377.

“Las entidades de salud no están acatando los fallos de tutela, por lo que los usuarios están acudiendo a otra acción constitucional para la defensa de sus derechos a la salud: El incidente de desacato”, dijo Santamaría. En el primer trimestre del 2013 ya van 184 incidentes de desacato.

Negaciones a la prestación del servicio, traslado de pacientes, dificultades con remisiones y autorizaciones, asignación de citas médicas con especialistas, entrega de medicamentos, negación de medicamentos no P.O.S., atención a población carcelaria y desplazados, falta de convenios con I.P.S. y demora en la autorización de procedimientos quirúrgicos son los principales motivos que llevan a los pacientes a recurrir a la acción legal.

En el caso de Cali, la Personería municipal encontró que el mayor problema que se presenta es la atención de urgencias. En el primer trimestre de este año la Personería recibió 267 quejas por vulneración al derecho a la salud. Esta es la principal queja de todas las que llegan al ente de control.

El ente de control evidenció falencias graves, como la valoración del paciente realizado por personal administrativo; tiempos de espera superiores a dos horas y a veces hasta de cuatro; poco personal médico para sitios de alta demanda y escasez de ambulancias, lo que demora el traslado de los pacientes y pone en riesgo su vida.

La actual Contralora General de la República, Sandra Morelli es de la opinión que en Colombia se ha malinterpretado el principio de legalidad y de la razón de ser de los procedimientos bajo cuyo entendimiento la administración vive cada vez más alejada de sus administrados. Aboga porque se cree una misión evaluadora de toda la normatividad existente en el Estado, repetida en algunos casos y a veces contradictoria, y que en muchas ocasiones se atreve a reglamentar los pronunciamientos de la Corte Constitucional y del

Consejo de Estado, a fin de recoger aquellas que no deberían existir, ya que el nuevo código administrativo no requiere de reglamentación⁴⁵

“De otra parte el nuevo código impone a los jueces un deber de mayor conciencia y compromiso respecto a los frutos de su labor, esto es, de la jurisprudencia, entendida esta no como acumulación inorgánica de fallos individuales y aislados, sino como obra colectiva que se decanta histórica y culturalmente, y que expresa la visión sistemática e integral que del derecho han construido los jueces a lo largo de los años.”⁴⁶

Es verdad incontrovertible que en el sistema jurídico colombiano, no se cuenta aún con la divulgación suficiente, con líneas jurisprudenciales definidas y es lo que en decir de un prominente Magistrado, constituye un reto inmediato para la judicatura⁴⁷, en el cual está trabajando desde el año 2010 el Consejo Superior de la Judicatura.⁴⁸

Es indudable que ante la importancia que adquirió la jurisprudencia en Colombia, por virtud de su implementación paulatina pero firme por parte de la H. Corte Constitucional, tornándose hoy sin duda por el camino de la hermenéutica constitucional en una fuente formal del derecho para que esta reforma cumpla el rol que le corresponde en el nuevo estatuto administrativo, es indispensable hacer un vuelco en la enseñanza del derecho, comenzando por los propios claustros universitarios, donde en algunos casos no se le da la importancia que hoy tiene el pronunciamiento judicial, en algunos a lo sumo se la ven a los de la H. Corte Constitucional, relegando las de las otras jurisdicciones. Por supuesto el

⁴⁵ Memorias del Seminario Internacional de presentación del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ley 1437 de 2011, Bogotá, Consejo de Estado y Contraloría General de la República, p464

⁴⁶ Becerra, Ob,Cit, p244

⁴⁷ MONROY CHURCH, Ricardo H, Implementación del Nuevo Código, retos y perspectivas en Memorias del Seminario Internacional de presentación del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ley 1437 de 2011, Bogotá, Consejo de Estado y Contraloría General de la República, p528.

⁴⁸ Teniendo en cuenta, que el respeto a las decisiones judiciales como manifestación del estado de derecho y de la seguridad jurídica, requiere instrumentos y herramientas técnicas de apoyo a la gestión judicial, la sala administrativa del Consejo Superior de la judicatura ha venido trabajando con la Agencia de Cooperación Alemana GTZ, hoy GIZ en la estructuración de un proyecto para la construcción de una metodología para construcción de líneas jurisprudenciales.

servidor público, la autoridad administrativa que es quien está llamado a aplicar el precedente ex officio, debe también tener ese cambio de pensamiento, pero también hay que promocionar la jurisprudencia en todo el territorio nacional, y que no sea artículo de comercio de algunas firmas que hoy pululan...De este parecer es la doctrina: : “Los mecanismos de procedimiento administrativo y judicial que en el nuevo código revalorizan el rol de la jurisprudencia plantean importantes desafíos de cambio y adaptación a la universidad, a la administración pública, a la rama judicial, a la ciudadanía. Implica reformas de consideración en la formación de los abogados, en la capacitación de los jueces, en la cultura administrativa, y en la manera como el juez percibe y valora su labor y la de sus colegas. La ley 1437 de 2011 enaltece, por este concepto, el oficio del juez y capitaliza sus reflexiones y construcciones doctrinarias en beneficio de la justicia y del progreso del derecho”⁴⁹

El artículo 10 del C.P.A.C.A establece un elemento propiciador de orden en el Estado, de garante de derecho a la igualdad de las decisiones de la administración frente al reconocimiento de derechos a los particulares, e igualmente como ejemplarizante muestra de que se impone acatar las decisiones judiciales⁵⁰; el deber de toda autoridad administrativa de aplicar la normatividad pertinente “de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos”, así como la de tener en cuenta las sentencias de unificación que profiera el Consejo de Estado.⁵¹

⁴⁹ BECERRA, ob. Cit, pág. 244

⁵⁰ BUITRAGO VALENCIA, Susana. Aportes del nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo al ordenamiento jurídico colombiano en Memorias del Seminario Internacional de presentación del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ley 1437 de 2011, Bogotá, Consejo de Estado y Contraloría General de la República. p.p105-110.

⁵¹ “Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.”

El precepto de manera diáfana les impone un deber a las autoridades que ejerzan función administrativa que a primer golpe de vista se aprecia elemental y obvio como es el de aplicar la Constitución y la Ley de manera uniforme ante casos fáctica y jurídicamente similares. Y se rotula de elemental y obvio por cuanto no podría ser de otra manera, no se concibe un supuesto diferente, esto es, que ante casos similares las autoridades decidan de manera diversa. Por eso, doctrina autorizada califica este postulado como una “perogrullada” en tanto que las autoridades en ejercicio del poder no pueden hacer cosa distinta de lo que las normas disponen y que en desarrollo del principio constitucional de igualdad, en su acepción más básica, se afirma, igualdad ante la ley, igualdad de trato.⁵²

Otra es la óptica de la Magistrada Susana Buitrago: “Con la consagración de acatamiento de este novedoso e importantísimo deber a las autoridades administrativas no solo se le otorga relevancia a la función que día a día cumple la jurisdicción de lo contencioso administrativo con el Consejo de Estado a la cabeza, Tribunal Supremo y Órgano de cierre, en su misión de ejercer control judicial a los actos de gobierno, la más significativa ratificación de que Colombia es un Estado Social de Derecho y de que los principios que lo caracterizan están vigentes y se cumplen; sino que también con la imposición de este deber de aplicación uniforme del ordenamiento jurídico a situaciones iguales, basado en la unificación de jurisprudencia, se le garantiza a los ciudadanos recibir el mismo trato en la decisión de sus asuntos ante la administración”⁵³

Dista de esta posición, la Doctora Sandra Morelli quien comentando la figura novedosa se expresó en estos términos:

...empezar a introducirle parches con instituciones que tienden a sobrevalorar la importancia del precedente, que es una institución definitivamente foránea y extraña a la lógica y articulación de nuestro sistema jurídico puede resultar altamente disfuncional entre otras, porque

⁵² ROJAS BETANCOURTH, Danilo. Extensión de las sentencias de unificación de la jurisprudencia. p90

⁵³ BUITRAGO VALENCIA, Susana, Ob. Cit. p451

sencillamente el papel protagónico del juez ya hoy en día es bastante criticado al interior del estado Colombiano en detrimento del legislador que todos compartimos.⁵⁴

No obstante lo que viene de afirmarse, de todos es conocido que lamentablemente no siempre, o mejor, casi nunca la administración ha actuado bajo esa obviedad y es justamente por ese actuar descaminado que las soluciones de los administrados no se obtienen como debiera ser, en la propia administración, sino que se ha desplazado su solución a los estrados judiciales, inundándolos con solicitudes que han debido ser finiquitadas en la propia administración, por lo cual es rescatable esta disposición legal.

Otra utilidad, ésta sí de orden mayor que brinda el artículo 10 que se comenta, es, sin duda la de recordar a las autoridades administrativas la existencia de un órgano judicial especializado, cuya jurisprudencia no puede soslayar. Se le devuelve la importancia que de alguna manera había perdido el Consejo de Estado cuando al entrar en funcionamiento los Jueces Contenciosos, se desplazaron varias de sus competencias a los Tribunales Contenciosos, reduciendo su campo de conocimiento con la consecuencia anotada. Adicionalmente se repotenciaría la jurisprudencia, al darle la importancia que le es inherente, por provenir de los interpretes genuinos y máxima autoridad de esa jurisdicción, de quienes autoridades y particulares están esperando sus mejores luces de la forma como deben ser aplicadas a interpretados los nuevos preceptos.

Se asimila que el propósito principal de este nuevo instrumento es el de asegurar que la administración se tome en serio la jurisprudencia de sus jueces y su marco teórico lo

⁵⁴ En Memorias del Seminario Internacional de presentación del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ley 1437 de 2011, Bogotá, Consejo de Estado y Contraloría General de la República, p.466.

constituye lo que se ha denominado el sistema de protección y garantía de los derechos de las personas en sede administrativa.⁵⁵

Se propuso el legislador garantizarle a todos los administrados el principio de seguridad jurídica, de igualdad de trato, de no tolerancia a la discriminación, imponiendo a la administración seguir ese faro de guía jurisprudencial que puede encontrar ante la solución de casos difíciles, sin que tenga que acudir a su interpretación subjetiva y personal que puede eventualmente traducirse en injusticia. De esta manera se aspira a reducir la litigiosidad y por consiguiente el derroche de jurisdicción a través de todo tipo de acciones, desde las constitucionales hasta las estrictamente legales.

Afirma la doctrina: “Con esta disposición se busca, por una parte, que la administración decida de manera igual aquellas situaciones que presentan circunstancias idénticas; y por otra, que el servidor público tenga la obligación de decidir lo ya resuelto por la justicia, evitando que el ciudadano deba acudir ante el juez para buscar un fallo sobre una situación que ya ha sido judicialmente resuelta”⁵⁶ La jurisdicción debe ser la “última ratio”, así se descongestiona la jurisdicción, como también la administración. Como están hoy las cosas, es útil aseverarlo, la justicia se encuentra atascada y fruto de ese atasco laboral contribuye la administración que bien por desidia, por ignorancia, o no en pocas veces, por el temor a las “ias” no resuelve como corresponde, obligando al administrado a acudir a las instancias judiciales. “El procedimiento administrativo regulado en este libro I debe convertirse, en la medida de lo posible en respuesta suficiente y completa para quien reclama ante la administración el reconocimiento de un derecho de manera que no se vea forzado, sin que

⁵⁵ ROJAS BETANCOURTH, Danilo, Extensión de las sentencias de unificación de la jurisprudencia, p90

⁵⁶ Ob. Cit ÁLVAREZ, Luis Fernando, citado por Betancourth

ello sea realmente necesario, a acudir al juez para que obligue a la administración a hacer lo que desde el principio este ha debido hacer”⁵⁷

Lo mismo en palabras de un Sapiente Magistrado: “Tocado del sistema de derechos y garantías de la Constitución del 91, el nuevo código debe leerse en esa clave de principios y protección de los derechos fundamentales, pues allí “el ciudadano se convierte entonces en el centro y núcleo de la actuación administrativa” (Álvarez, 2011: 31) y en donde se aboga porque sea la administración la que directamente proteja los derechos de las personas “sin necesidad de la intervención del juez” (Zambrano, 2011: 56).”⁵⁸

La nueva figura hace parte de lo que conforma todo un sistema de garantías para la protección en sede administrativa de los derechos de la persona y materializa la dogmática contenida en la C. N., especialmente, efectividad de los derechos de las personas (art. 2), igualdad (art. 13), buena fe (art. 83), y también con metas estatales como la colaboración con la justicia (arts. 95 y 113) y la eficiencia y eficacia de la administración (art. 209).⁵⁹

Las autoridades administrativas no tienen la autonomía en la interpretación normativa propia de las autoridades que ejercen jurisdicción, conforme lo dispone el artículo 228 de la C.P., razón por la cual les corresponde obedecer irrestrictamente la constitución y la ley (art. 6º. De la C. P), dentro de la cual a voces de la Corte Constitucional, se encuentra incluido el precedente judicial.⁶⁰

⁵⁷ Zambrano. Memorias del Seminario Internacional de presentación del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ley 1437 de 2011, Bogotá, Consejo de Estado y Contraloría General de la República

⁵⁸ Ob. Cit. p91

⁵⁹ Ob.cit. considerando No. 19

⁶⁰ Ob.cit. considerando 19.5

Como argumentos constitucionales exhibidos por la Corte para justificar el respeto que deben mantener las autoridades administrativas por los precedentes judiciales son fundamentalmente: i) el respeto del debido proceso y del principio de legalidad en materia administrativa (arts. 29, 121 y 122 de la c.p.); ii) el contenido y alcance normativo de la Constitución es fijado legítimamente mediante el proceso interpretativo que realizan las altas cortes por medio de decisiones que hacen tránsito a cosa juzgada y tienen fuerza vinculante; iii) las decisiones de las autoridades que ejercen función administrativa deben evitar la arbitrariedad; iv) el desconocimiento del precedente conlleva al desconocimiento del principio de legalidad, generando eventos de responsabilidad de los servidores públicos, y v) las autoridades que ejercen función administrativa deben garantizar el respeto del principio de igualdad, reconocido en el artículo 13 de la c.p.⁶¹

Desconocer un precedente judicial de un órgano de cierre jurisdiccional, no exclusivamente de la Corte Constitucional, eventualmente puede conducir a un reproche penal, disciplinario o administrativo, de la autoridad administrativa, en atención a violar derechos fundamentales, por contera la Constitución y la ley, abriendo la puerta para una eventual acción de tutela.⁶²

En otro frente, más adelante, en su artículo 102, se establece el procedimiento administrativo a instancias del gobernado a través del derecho de petición cuya finalidad es obtener la aplicación de la jurisprudencia del Consejo de Estado, cuando motu proprio la administración no lo hace y es la nueva figura denominada Extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros por parte de las autoridades que establece: Las autoridades deberán extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el

⁶¹ Ob.cit. considerando 19.5

⁶² Ob.cit. considerando 19.10

Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos.

Para tal efecto el interesado presentará petición ante la autoridad legalmente competente para reconocer el derecho, siempre que la pretensión judicial no haya caducado. Dicha petición contendrá, además de los requisitos generales, los siguientes:

- I. Justificación razonada que evidencie que el peticionario se encuentra en la misma situación de hecho y de derecho en la que se encontraba el demandante al cual se le reconoció el derecho en la sentencia de unificación invocada.
- II. Las pruebas que tenga en su poder, enunciando las que reposen en los archivos de la entidad, así como las que haría valer si hubiere necesidad de ir a un proceso.
- III. Copia o al menos la referencia de la sentencia de unificación que invoca a su favor.

Si se hubiere formulado una petición anterior con el mismo propósito sin haber solicitado la extensión de la jurisprudencia, el interesado deberá indicarlo así, caso en el cual, al resolverse la solicitud de extensión, se entenderá resuelta la primera solicitud.

La autoridad decidirá con fundamento en las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias aplicables y teniendo en cuenta la interpretación que de ellas se hizo en la sentencia de unificación invocada, así como los demás elementos jurídicos que regulen el fondo de la petición y el cumplimiento de todos los presupuestos para que ella sea procedente.

Esta decisión se adoptará dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción, y las autoridades podrán negar la petición con fundamento en las siguientes consideraciones:

- I. Exponiendo las razones por las cuales considera que la decisión no puede adoptarse sin que se surta un período probatorio en el cual tenga la oportunidad de solicitar las pruebas para demostrar que el demandante carece del derecho invocado. En tal caso estará obligada a enunciar cuáles son tales medios de prueba y a sustentar de forma clara lo indispensable que resultan los medios probatorios ya mencionados.
- II. Exponiendo las razones por las cuales estima que la situación del solicitante es distinta a la resuelta en la sentencia de unificación invocada y no es procedente la extensión de sus efectos.
- III. Exponiendo clara y razonadamente los argumentos por los cuales las normas a aplicar no deben interpretarse en la forma indicada en la sentencia de unificación. En este evento, el Consejo de Estado se pronunciará expresamente sobre dichos argumentos y podrá mantener o modificar su posición, en el caso de que el peticionario acuda a él, en los términos del artículo 269.

Contra el acto que reconoce el derecho no proceden los recursos administrativos correspondientes, sin perjuicio del control jurisdiccional a que hubiere lugar. Si se niega total o parcialmente la petición de extensión de la jurisprudencia o la autoridad guarda silencio sobre ella, no habrá tampoco lugar a recursos administrativos ni a control jurisdiccional respecto de lo negado. En estos casos, el solicitante podrá acudir dentro de

los treinta (30) días siguientes ante el Consejo de Estado en los términos del artículo 269 de este Código.

La solicitud de extensión de la jurisprudencia suspende los términos para la presentación de la demanda que procediere ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Los términos para la presentación de la demanda en los casos anteriormente señalados se reanudarán al vencimiento del plazo de treinta (30) días establecidos para acudir ante el Consejo de Estado cuando el interesado decidiere no hacerlo o, en su caso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 269 de este Código.

Para los propósitos de esta investigación académica, seguidamente se harán los comentarios que se estiman pertinentes para demostrar que no obstante sus bondades, su necesidad sentida por la problemática administrativa que se viene señalando a lo largo del mismo, se encuentran escollos que dificultarán su aplicación y que por consiguiente, la seguridad jurídica que el legislador y los asociados deseamos con fe ciega se consiga, no necesariamente, por lo menos ab initio va a obtener tales resultados.

En primer lugar tiénese que de manera imperativa la norma jurídica le impone a cualquier autoridad el deber de extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos.

Sentencia de unificación, conforme al mismo ordenamiento legal son "...las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia; las proferidas al decidir los

recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009” (negritas no son del texto).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado al cumplir con la función que le impartió el artículo 614 de la Ley 1564 de 2011 interpretó este precepto en el siguiente sentido “De esta manera, en relación con sentencias expedidas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011 (2 de julio de 2012), sólo las sentencias proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009, pueden ser utilizadas para fundamentar una solicitud de extensión de jurisprudencia.”⁶³

El asunto que ocupó el concepto tuvo que ver con la sentencia fechada el 29 de septiembre de 2011 cuyos efectos se pretendían extender, contenida en el expediente 08001-23-31-000-2005-02866-03, número Interno: 2434-10, que resolvía el caso de la pensión de una ex funcionaria de la Universidad del Atlántico.

Razonó la agencia con la siguiente cadena argumentativa:

- El artículo 102 de la Ley 1437 crea un nuevo procedimiento administrativo en que detalladamente se dispone la manera en que los administrados pueden solicitar que una

⁶³ Concepto de diciembre 14 de 2012, Rad. 205-02866

sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado les sea aplicada por las autoridades para su caso concreto y particular.

- Del análisis de la norma citada, se puede apreciar que los supuestos de hecho que permiten la iniciación del trámite administrativo son:

- a) la existencia de una sentencia de unificación, y,

- b) que el solicitante acredite encontrarse en los mismos supuestos fácticos y jurídicos de la Sentencia de Unificación.

- En relación con el primero de los requisitos de la sentencia de unificación debe considerarse que el artículo 270 de la Ley 1437 de 2011 taxativamente determina qué debe entenderse por sentencia de unificación para todos los efectos de ese Código, incluyendo, por supuesto, las solicitudes de extensión de jurisprudencia.

- De acuerdo a esta regla no toda sentencia del Consejo de Estado puede considerarse sentencia de unificación jurisprudencial, con la entidad suficiente para fundamentar una solicitud individual de extensión de jurisprudencia.

- Adicionalmente, el hecho de que una sentencia haya sido expedida por el Consejo de Estado tampoco la identifica, por ese sólo hecho, como de "importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia". El criterio de determinación se encuentra contenido en el artículo 271 de la Ley 1437 de 2011, que determina: "Por razones de importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia, que ameriten la expedición de una sentencia de unificación jurisprudencial, el Consejo de Estado podrá asumir conocimiento de los asuntos pendientes de fallo, de oficio o a solicitud de parte, o por remisión de las secciones o subsecciones o de los tribunales, o a petición del Ministerio Público.

- En estos casos corresponde a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dictar sentencias de unificación jurisprudencial sobre los asuntos que provengan de las secciones. Las secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dictarán sentencias de unificación en esos mismos eventos en relación con los asuntos que provengan de las subsecciones de la corporación o de los tribunales, según el caso.
- Para asumir el trámite a solicitud de parte, la petición deberá formularse mediante una exposición sobre las circunstancias que imponen el conocimiento del proceso y las razones que determinan la importancia jurídica o trascendencia económica o social o la necesidad de unificar o sentar jurisprudencia. Los procesos susceptibles de este mecanismo que se tramiten ante los tribunales administrativos deben ser de única o de segunda instancia. En este caso, la solicitud que eleve una de las partes o el Ministerio Público para que el Consejo de Estado asuma el conocimiento del proceso no suspenderá su trámite, salvo que el Consejo de Estado adopte dicha decisión.
- La instancia competente decidirá si avoca o no el conocimiento del asunto, mediante auto no susceptible de recursos. "(Subrayas fuera de texto)
- La regla citada determina que el Consejo de Estado debe tomar una decisión expresa relacionada con la naturaleza del asunto a conocer y que la decisión amerite la expedición de una sentencia de unificación con los efectos dispuestos en el Código, entre ellos dar origen a solicitudes individuales de extensión de la jurisprudencia, La autoridad competente para concluir que un asunto amerita ser tratado con una sentencia unificada es el mismo Consejo de Estado, que puede tomar esa decisión de oficio o por solicitud de parte o del Ministerio Público, y deberá justificar adecuadamente su decisión en la motivación de su decisión.
- En conclusión, para que una sentencia del Consejo de Estado pueda ser considerada de unificación por el criterio de su importancia jurídica o trascendencia económica o social, debe previamente contar con la decisión expresa e inequívoca del alto tribunal

administrativo de tratar el asunto a su cargo como unificación, para poder predicar los efectos contemplados en la Ley 1437 de 2011.

No se comparte tan respetable criterio, que proviniendo del Ente que por virtud de la ley, asume la Defensa de la Nación, será faro de guía de la administración, logrando con ello hacer disfuncional, o por lo menos postergar la entrada en vigencia de esta valiosa herramienta jurídica.

Los argumentos que se invocan para la disonancia son:

- El precepto legal (art.270) no solo contempla las sentencias que la Corporación profiera en vigencia de la novísima ley, sino las que pretéritamente “haya proferido” el Consejo de Estado, siempre que cumplan alguna de las eventualidades que enuncia la normativa. Por ello deliberadamente el legislador utilizó las expresiones “profiera” agregando la conjunción “o” haya producido” en pretérito pasado.
- Aun cuando la norma es novísima, no así la figura. La Corte Constitucional como se ha dejado sentado en este trabajo, hizo del precedente judicial, no solo del suyo, sino de los órganos de cierre, instrumento de obligado cumplimiento por parte de cualquier autoridad.
- Temas como el pensional o el de salud, sin duda ninguna que tienen la importancia jurídica y la trascendencia económica y social, cumpliendo de esta manera con los presupuestos que exige el artículo 270 del reciente estatuto procesal administrativo. El tema que ocupó a la Agencia tenía que ver con un derecho pensional.

- Antes de entrar en vigencia el Código de Procedimiento Administrativo, se encontraba operando el artículo 114 de la ley 1395 de 2010 que ordenaba a las autoridades públicas tener en cuenta los precedentes judiciales existentes en la jurisdicción contencioso administrativa.

Los anteriores contraargumentos a la posición adoptada por la Agencia Jurídica, solamente tienen por utilidad en este trabajo el de mostrar las dificultades que de entrada, (ab-initio) concita la nueva figura, que la tornará insegura, por lo menos mientras se decanta y afianza, como sucede con cualquier instituto jurídico que se quiera implementar.

Otro caso muy llamativo por provenir del propio Consejo de Estado, es el que tuvo que ver con una solicitud de extensión de Jurisprudencia ante la Dian al estimar el contribuyente que su caso ya había sido decidido en mas de una oportunidad por la sección cuarta de la Corporación en un mismo sentido, y obedeciendo a una idéntica situación fáctica y jurídica, resultaba procedente su solicitud. Veamos con exactitud de qué se trató:

Como antecedentes refirió la Corporación que⁶⁴ “El 1º de agosto de 2012, la sociedad actora, a través de apoderado, radicó escrito ante la U.A.E. DIAN Nivel Central para que, según lo dispuesto en el artículo 102 del C.P.A.C.A., extendiera los efectos de seis sentencias proferidas por la Sección Cuarta del Consejo de Estado en las que se anularon actos administrativos particulares que liquidaban IVA en las operaciones de pago de divisas, en situaciones fácticas y jurídicas que, a su juicio, son igualmente aplicables a la sociedad CASA DE CAMBIOS UNIDAS S.A.

⁶⁴ Consejo de Estado, Auto 19718 de 01-02-2013, M.P. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

Mediante oficio 053722 del 24 de agosto de 2012, la DIAN negó la solicitud presentada por la actora, porque con fundamento en los artículos 269 y 270 del C.P.A.C.A., «la sentencia de unificación jurisprudencial es una clase especial de sentencia expedida por el Consejo de Estado en la cual se manifiesta la voluntad de sentar una posición jurisprudencial sobre un tema en que sean idénticos los fundamentos de hecho y derecho; en consecuencia no es posible acceder a su petición por no existir competencia en sede administrativa para proferir las sentencias de unificación de que tratan los artículos mencionados»

En atención a la respuesta negativa de la Dian, en ejercicio del artículo 269, elevó su solicitud ante el Consejo de Estado de extensión de jurisprudencia a UNIDAS S.A., quien tuvo que pagarle al Estado un IVA que no tenía fundamento legal”.

Sostuvo que está en idéntica situación de hecho y de derecho de dos contribuyentes a quienes la Sección Cuarta del Consejo de Estado les anuló las actuaciones administrativas mediante las cuales la DIAN les modificó la base gravable del IVA para tener como gravados los reembolsos de dinero que hacían los corresponsales del exterior a los pagadores de giros internacionales.

Adicionalmente, considera equivocadamente que si en este caso concreto las sentencias cuya extensión se pidió, fueron dictadas por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, entonces, son de importancia jurídica, trascendentales y necesarias para unificar o sentar jurisprudencia. El Consejo de Estado hizo el siguiente análisis:

Advierte que de conformidad con los artículos 102 y 269 del C.P.A.C.A., la solicitud de extensión de jurisprudencia debe reunir tres requisitos formales:

Primero , debe presentarse dentro de los 30 días siguientes a la respuesta negativa bien sea total o parcial, de la solicitud o cuando la autoridad guardó silencio. Segundo la solicitud debe ser escrita y en ella deben exponerse los argumentos que la sustentan. Finalmente debe acompañarse copia de la actuación surtida ante la autoridad competente. Concluye que la petición reúne los requisitos legales para proceder a su estudio de fondo.

Advierte que la sociedad actora solicita la aplicación extensiva de los efectos de seis sentencias, todas proferidas por la Sección Cuarta del Consejo de Estado. Recuerda que, de conformidad con el artículo 102 del C.P.A.C.A. “Las autoridades deberán extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos.”

Además añade que “...en los artículos 270 y 271 del C.P.A.C.A. se establecen cuáles son las sentencias de unificación jurisprudencial cuyos efectos pueden ser extendidos a terceros por las autoridades, así:

- I. Las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar la jurisprudencia.
- II. Las proferidas al decidir los recursos extraordinarios.
- III. Las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36 A de la Ley 270 de 1996.

Respecto de las sentencias por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar la jurisprudencia, debe precisarse que el artículo 271 del C.P.A.C.A. prevé que las puede proferir:

(i) La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en los asuntos pendientes de fallo, de oficio o a solicitud de parte, o por remisión de las secciones o subsecciones o de los tribunales, o a petición del Ministerio Público.

(ii) Las secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en relación con los asuntos que provengan de las subsecciones de la corporación o de los tribunales, según el caso.

En el asunto objeto de estudio, este Despacho observa que las sentencias respecto de las cuales se solicita la extensión de sus efectos no cumplen los presupuestos legales antes indicados para que proceda el trámite y estudio de la solicitud.

En efecto, si bien dichas sentencias fueron proferidas por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, una de las Secciones que integran la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, ninguna de ellas tuvo como objeto, unificar la jurisprudencia de los Tribunales, pues para ello debe adelantarse el procedimiento previsto en el artículo 271 íb., el cual no existía para la época en que se expidieron dichas sentencias, y que tiene precisamente como objeto que la Sección se pronuncie con la finalidad expresa de constituirse en unificadoras de jurisprudencia o de tener el carácter de una decisión de importancia jurídica o de trascendencia social o económica, respecto de asuntos de los Tribunales.

Este Despacho advierte que, contrario a lo afirmado por la actora, las sentencias invocadas en su solicitud no fueron expedidas por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en ejercicio de la función prevista en el numeral 3° del artículo 111 del C.P.A.C.A.

Las anteriores razones son suficientes para rechazar por improcedente la solicitud presentada por CASA DE CAMBIOS UNIDAS S.A., para adelantar el procedimiento previsto en el artículo 269 del C.P.A.C.A.” (subrayado no es del texto).

Al igual que con el criterio de la Agencia de Defensa Jurídica, éste no obstante provenir del órgano de cierre, no se comparte, por similares razones a las allí expuestas, pero contundentemente porque ya se encontraba en vigencia el artículo 114 de la ley 1395 de 2010 que ordenaba tener en cuenta los precedentes jurisprudenciales, entre otros temas, en los conflictos de linaje tributario, como este que ocupó la atención de la Alta Corporación.

El Consejo de Estado en su Sala de Consulta explicó el alcance de este precepto con ocasión de la siguiente consulta: “¿Se encuentra el Seguro Social en la obligación de incluir todos los factores que tenía en cuenta la Universidad de Antioquia (primas de servicios, prima de navidad y vacaciones) en la liquidación de las pensiones de los empleados que están en el supuesto jurídico establecido en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, o es esta una decisión que sólo obliga a CAJANAL?”.

Respuesta: Conforme a lo señalado en la parte motiva de este concepto, el Instituto de Seguros Sociales en aplicación del artículo 114 de la ley 1395 de 2010 debe incluir las primas de servicios, de navidad y vacaciones en la liquidación de las pensiones de los servidores de la Universidad de Antioquia en régimen de transición a quienes se les aplique la ley 33 de 1985, si el asunto, en caso de conflicto, corresponde juzgarlo a la jurisdicción contencioso administrativa.”

Las razones que adujo la Corporación, en lo sustancial fueron: “Frente al contenido normativo del artículo 114 de la ley 1395 de 2010 en cita, es necesario hacer algunas: En primer lugar, la fuerza que esta norma le asigna al precedente implica que en los temas enunciados en ella, las entidades públicas deberán observar obligatoriamente los fallos reiterados por cada jurisdicción; solamente podrán separarse de los mismos cuando exista una razón realmente seria y fundada que deberá motivarse expresamente en la decisión. Esta exigencia de motivación se encuentra especialmente reforzada, ya que si esas razones de mayor peso no existen o no se justifican suficientemente, las autoridades no podrán adoptar una decisión contraria al precedente que implique para los ciudadanos la necesidad de acudir a la jurisdicción a reclamar derechos que deberían estar protegidos en sede administrativa. De otro lado, el carácter vinculante del precedente jurisprudencial y su función orientadora de las decisiones futuras en orden a satisfacer las necesidades sociales de seguridad jurídica e igualdad, no impide que las autoridades administrativas de manera seria y razonada busquen a través de los procesos judiciales el cambio del precedente o la unificación jurisprudencial cuando ella no exista; también podrán intentar que, en el caso de esta jurisdicción, el asunto sea conocido por la sala plena de lo contencioso administrativo para que esta se pronuncie por importancia jurídica o transcendencia económica o social, situación que en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo admitirá solicitud de parte. Claro está que una vez unificado el precedente y salvo cambios normativos o en la jurisprudencia, la administración deberá proceder de conformidad con el precedente aplicable al caso, en tanto que éste constituye el sentido e interpretación que los diferentes operadores jurídicos deben darle a la ley. De lo contrario, el precedente no tendrá ningún valor como mecanismo de realización del principio de igualdad y como referente de solución de decisiones futuras que no deben ser judicializadas innecesariamente.”⁶⁵

Otros opinan: “La indicación de los hechos y la sentencia de unificación son posiblemente los puntos más difíciles de determinar en la medida en que no parecería haber consenso en

⁶⁵ Consejo de Estado, M.P.: WILLIAM ZAMBRANO CETINA.2012.

los criterios de unificación. No obstante, hablamos de un "mismo supuesto de hecho y de derecho". De allí que la argumentación en este punto deba ser bastante exigente y logre demostrar una relación unívoca entre lo ya fallado por la sentencia de unificación y lo que se debate con el recurso.

El artículo 270 parecería intentar remediar el tránsito legislativo para evitar con ello la ausencia de precedentes, cuando se constata el mencionado poder creador del derecho administrativo del Consejo de Estado. Justamente, el artículo citado prevé que son sentencias de unificación jurisprudencial aquellas que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia.

Esto supone entonces que los fallos de importancia jurídica o "IJ"60 de la jurisdicción contencioso-administrativa y las sentencias proferidas por medio del recurso de revisión pueden ser considerados actualmente como sentencias de unificación más allá de lo que en su momento hubiese establecido el Legislador. El reconocimiento por el trabajo desarrollado por el Consejo de Estado se hace evidente con la categorización de dichos fallos como sentencias unificadoras entendiendo, en virtud de la causal de unificación, que las mencionadas sentencias sean "consistentes" debido a que la sentencia de unificación tiene la característica de lograr la unidad de la interpretación del derecho.”⁶⁶

Independientemente de la óptica que finalmente sea aceptada, lo que se pretende demostrar es la complejidad de la figura, la actitud que asumen las autoridades que la hacen inoperantes.

⁶⁶ SARMIENTO-ERAZO, Juan Pablo. El Recurso Extraordinario de Unificación Jurisprudencial, ¿Hacia la Instauración De Un Juez de Casación en lo Contencioso-Administrativo?

Un segundo tópico que se estima no ha de tener mayor discrepancia es el atinente a que la aplicación extensiva de jurisprudencia de unificación, no solamente se presenta respecto de la que reconoce derechos, como desprevenidamente podría afirmarse, sólo que como es apenas natural y lógico , a petición de parte (art. 102) se solicitará exclusivamente la extensión de aquellas que reconozcan derechos, empero las que los nieguen, tendrán que ser aplicadas motu proprio por la administración (art. 10).

Un tercer tópico tiene que ver con la caducidad. El precepto condiciona la presentación de la petición a que la pretensión judicial no haya caducado, y, no la contempla como causal de negación de la petición contemplada en alguno de los 3 numerales.

Así las cosas, de una lectura superficial tendrían que concluirse que es óbice para el administrado presentar una petición de unificación de jurisprudencia a la administración, si su pretensión judicial caducó. Y, que a la administración no le está permitido negar dicha petición si observa que la pretensión judicial se encuentra caducada, en razón a que no está contemplado como motivo para hacerlo.

A primer golpe de vista se aprecian los inconvenientes que presenta su redacción. En efecto, ¿Será conocedor el administrado de que su petición adolece de caducidad judicial? ¿Será causal de rechazo de la petición por parte de la administración? ¿Debe interpretarse que las causales de negativa a la petición por parte de la administración no son de carácter taxativo? ¿Si existe una petición anterior sobre el mismo tema, ella no interrumpe el término de caducidad por el simple hecho de que allí no se pidió la extensión de la jurisprudencia, ante la aparente claridad de su texto?

Para la procedencia de la solicitud de extensión jurisprudencial se torna imperante acreditar que se trata de los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Sin duda que en su aplicación el asunto no siempre resultará sencillo de establecer, de identificar si se está o no frente a los mismos presupuestos fácticos y jurídicos.

Supuesto fáctico refiere a los hechos, es decir que se trate de idénticos hechos. Fáctico proviene del latín *factum*, que significa hecho. Es la causa de la petición, su estribo. Y el supuesto jurídico que alude al estribo legal o normativo que contiene la sentencia. Identidad de normatividad jurídica que sirve de soporte o sustento a la decisión.

De mucha utilidad puede resultar para la identificación de tales supuestos lo que doctrinariamente se ha denominado la triple identidad cuando se trata de averiguar si se está en el fenómeno del pleito pendiente o la cosa juzgada. En efecto, puede resultar muy útil hacer el cotejo sobre la identidad de causa, objeto y sujetos a fin de establecer si se está o no ante la misma situación fáctica y jurídica. Veamos con un ejemplo reciente. En sentencia de unificación,⁶⁷ el Consejo de Estado, variando su anterior doctrina, estimó que la simple falta de alegatos acerca de la incompetencia del juez no significa la renuncia tácita al tribunal de arbitramento, porque es requisito celebrar un nuevo acuerdo en tal sentido.

Identidad de causa: En presencia de un pacto arbitral se acude a la jurisdicción directamente y el demandado no lo advierte, guarda silencio. Identidad de objeto: La jurisdicción contencioso administrativa dirima un conflicto, prescindiendo del Tribunal de

⁶⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia 17859. C. P. Carlos Alberto Zambrano

Arbitramento. Identidad de Sujetos. Necesariamente se trata de una identidad jurídica y no física. En este evento cualquier particular y necesariamente el Estado

3.1 Requisitos Especiales de la Petición

Además de los requisitos generales de toda petición Se deben tener en cuenta además los requisitos especiales de la petición que debe atender los siguientes:

“1. Justificación razonada que evidencie que el peticionario se encuentra en la misma situación de hecho y de derecho en la que se encontraba el demandante al cual se le reconoció el derecho en la sentencia de unificación invocada.”Una vez más el legislador reitera la imperiosa necesidad de que el peticionario en su escrito petitorio, no solo justifique o exprese las razones,, sino además que “evidencie”, esto es, que de manera certera, diamantina, clara, que no admita duda de ninguna especie la razón de su pedimento

“2. Las pruebas que tenga en su poder, enunciando las que reposen en los archivos de la entidad, así como las que haría valer si hubiere necesidad de ir a un proceso.”A primer golpe de vista se podría admitir que las pruebas que han de ser hábiles en la petición serán exclusivamente documentales. Pero de una lectura completa se llega a otra conclusión; se podrán anunciar adicionalmente “...las que se harían valer si hubiere necesidad de ir a un proceso...”, con lo que se entienden comprendidas todas las demás, por supuesto, pertinentes y conducentes.

No obstante lo afirmado, lo cierto es que en esta fase administrativa, como en la fase judicial si a ello hubiere lugar, el legislador no previó fase probatoria, o de práctica de pruebas. En efecto ni el artículo 101 ni el 269 lo establecen. Por el contrario, el primero de ellos autoriza la negativa de la petición “exponiendo las razones por las cuales considera que la decisión no puede adoptarse sin que se surta un período probatorio en el cual tenga la oportunidad de solicitar las pruebas para demostrar que el demandante carece del derecho invocado. En tal caso estará obligada a enunciar cuáles son tales medios de prueba y a sustentar de forma clara lo indispensable que resultan los medios probatorios ya mencionados.”

“3. Copia o al menos la referencia de la sentencia de unificación que invoca a su favor.” En sus albores, así la ley no lo exija, lo conveniente sería arrimar a la petición la copia integra de la sentencia de unificación, pues no se olvide que los sistemas de información del Consejo de Estado, no obstante sus avances, aún no son satisfactorios, y no sería conveniente que una autoridad, cualquiera ella sea, quizá una municipal de un alejado pueblo del país deba guardar silencio en el término que le concede el legislador por no haber podido tener acceso a la jurisprudencia referida por el petente.

Por otra parte dispone el legislador el deber de información del petente si con antelación ha dirigido a la administración petición en el mismo sentido, así no se haya solicitado extensión de jurisprudencia, en cuyo caso al resolverse la solicitud de extensión, debe entenderse resuelta la primera solicitud.

Sin duda es la materialización de la economía procesal, lo cual resulta afortunado, de esta manera se consigue no desgastar ni a la administración ni al administrado. No obstante es

necesario precisar el alcance de la norma porque como enseguida se dirá, no siempre ha de producir la misma consecuencia la decisión de la administración.

En efecto, por vía de ejemplo asúmase que bajo la causa primera autorizada por el legislador para despachar negativamente la petición, la administración manifiesta que no le es posible decidir porque requiere de las pruebas que enuncia y justifica, a fin de demostrar que el peticionario carece del derecho reclamado, no se aprecia que ante esa respuesta quede despachada la petición inicial.

Quizá en tratándose de la causa segunda de negativa permitida por la nueva ley, sea del caso entender resuelta la petición inicial, siempre que la administración al resolver que la situación del peticionario es diferente a la que trata la sentencia de unificación se ocupe de resolver el fondo de la petición, caso contrario tampoco podría entenderse despachada.

La causa tercera prevista en la ley para negar la petición, es la que mejor se acomoda al querer del legislador ya que al resolver que la interpretación dada por el Consejo de Estado no es la indicada, sin duda que entrará a despachar el fondo de la petición y por contera estaría resolviendo la petición inicial. El término para que la administración resuelva es de carácter perentorio, que sucede si resuelve antes de acudir al Consejo de Estado

3.2 Periodo Probatorio

De la lectura del artículo 102, no se desprende la posibilidad de practicar pruebas. En efecto, lo que establece la normativa es una causal de negación de la petición, cuando

estima que la decisión no se puede adoptar sin que se surta un período probatorio. Es justamente la causal primera de negación de petición.

No obstante la claridad de la norma en el sentido indicado, autorizada doctrina interpreta lo contrario. El Consejero de Estado Danilo Rojas Betancourth estima lo que sigue: “La segunda reflexión (debate) tiene que ver específicamente con la forma como quedó redactada la primera causal estipulada para negar la solicitud de extensión de la jurisprudencia de unificación. Según dicha norma (inc. 9), podrá negarse la petición: “1. Exponiendo las razones por las cuales considera que la decisión no puede adoptarse sin que se surta un período probatorio en el que tenga la oportunidad de solicitar las pruebas para demostrar que el demandante carece del derecho invocado. En tal caso estará obligada a enunciar cuáles son tales medios de prueba y a sustentar de forma clara lo indispensable que resultan los medios probatorios ya mencionados”. A diferencia de las otras dos causales para negar la solicitud de extensión de la jurisprudencia unificada, en donde se exige exponer razones para justificar (i) por qué el caso es distinto (inc. 10) y (ii) por qué no se está de acuerdo con el Consejo de Estado (inc. 11) y a partir de tales razones se llega a la decisión de rechazo de la solicitud, en este caso no se toma decisión alguna sino que se habilita un periodo probatorio que inicialmente inhibe desestimar la solicitud, pero que está orientado a que la administración pruebe la inexistencia del derecho y a partir de ello sí tomar la decisión de rechazo. A pesar de que se obliga a la administración a indicar “cuáles son tales medios de prueba y a sustentar de forma clara lo indispensable que resultan”, lo cierto es que las pruebas así recaudadas tienen un carácter sumario, pues no se someten a contradicción alguna y, sin embargo, con base en ellas se puede rechazar la petición. . No es claro, por cierto, la duración del período probatorio y se supone que el mismo suspendería el término para responder la petición de extensión, con las consecuencias nefastas por la dilación de la solicitud de extensión.”⁶⁸

⁶⁸ Ob.Cit. pág 102

Para imprimirle contundencia a su aserto ilustra con un ejemplo que luce seductor y por ello justifica ser insertado en este momento “Así por ejemplo, si el peticionario argumenta tener derecho a la pensión de jubilación y solicita la extensión de una sentencia de unificación que reconoce un derecho semejante, la administración puede considerar sin derecho al solicitante porque aún le falten semanas de cotización para la pensión. Al efecto, deberá habilitar el periodo probatorio y decretar como prueba la certificación respectiva, la que una vez allegada permitirá negar la petición si se corrobora la hipótesis de la administración sobre el no derecho del solicitante. Como no está prevista la contradicción de la prueba, el solicitante se verá obligado a acudir al procedimiento del artículo 269 para que sea el Consejo de Estado el que resuelva, lo que pudo obviarse con la permisón del debate probatorio –el contradictorio de la prueba en sede administrativa.

La pregunta que queda entonces es si al momento de conocer el asunto el Consejo de Estado, puede entrar a examinar, precisamente, no solo si el peticionario tiene o no el derecho (a la pensión p.e.) sino si con el proceder de la administración en el que se obtuvieron pruebas no controvertidas por el peticionario y a partir de ellas concluye su no derecho, se violó el debido proceso.

Por cierto que adicionalmente a esta cuestión procesal, el procedimiento así habilitado desdice de los principios centrales de la primera parte del nuevo código, en especial los del debido proceso, celeridad, coordinación, eficacia y economía”⁶⁹

La conveniencia de su postura es indiscutible, más no por ello se puede afirmar lo que el precepto no contempla. No se discute la importancia de haberse previsto una fase probatoria como la concibe el Honorable Consejero, pero lamentablemente no fue previsto por el legislador.

⁶⁹ Ob.Cit. P102, 103

Ahora bien, de aceptarse la postura del Consejero, que no se acepta, tampoco se entiende cómo esa interpretación audaz se diluye cuando del ejercicio del derecho de contradicción se trata.

En efecto, si afirma la existencia de una fase probatoria, no contemplada por el legislador, no se concibe cómo puede pasar por alto el derecho de contradicción que es de linaje constitucional (art 29 C.N) y dejarle esa falencia, según él, legislativa al Consejo de Estado.

Por consiguiente, si su doctrina llegare a adoptar carrera, nada difícil por provenir de quien proviene, habría que complementarla para garantizar el derecho de contradicción en la fase probatoria que el doctrinante propone.

3.3 Extensión Ante el Consejo de Estado

Conforme lo establece el artículo 269, si se niega la extensión de los efectos de una sentencia de unificación o la autoridad hubiere guardado silencio en los términos del artículo 102, el interesado podrá acudir ante el Consejo de Estado, lo cual deberá hacer a través de mandatario judicial.

Lo anterior se desprende de lo previsto en el artículo en el artículo 229 de la C.P. que establece: “Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de un abogado”. Como la ley 1434 no lo dijo de manera expresa, es indudable que para poder acceder al Consejo de Estado, tendrá que designar un abogado para que en su nombre ejerza el derecho de postulación.

Esta situación sin duda va en desmedro de los intereses del peticionario no solo porque le encarece el acceso a la justicia, para un trámite que se espera totalmente informal, más incluso que la acción de tutela, lo que redundará en que mucho interesado se verá avocado a prescindir de esta posibilidad, viendo seriamente conculcados sus derechos.

De otra parte, no se descarta que con la intervención del técnico en las lides jurídicas, la tendencia es que trámites informales como el que nos ocupa, tienden a judicializarse, quizá en exceso, permitiendo con ello hacer más engorroso un trámite que se supone el legislador lo quiso hacer sencillo. La competencia para adelantar esta solicitud será del Consejo de Estado, mientras la Corporación no reglamente la distribución interna.

Para el ejercicio de esta acción basta presentar un escrito razonado, lo que de suyo supone que no se requiere de una demanda stricto sensu o formalmente hablando. Su naturaleza jurídica se puede semejar a la de un sencillo alegato de conclusión, desprovisto de cualquier formalidad adicional.

Por escrito razonado debe entenderse aquel que contiene los argumentos, el análisis para demostrar el acierto de su solicitud. Como anexo debe acompañar las copias de la actuación surtida ante la administración, esto es, la solicitud de extensión, con sus anexos si a ello hubiere lugar y la respuesta de la administración si la hubo, o su silencio en caso contrario.

La administración y la Agencia se pueden oponer por las mismas razones que enumera el artículo 102, luego de una interpretación literal del precepto, se concluiría que no podría proponer una caducidad de la acción contencioso administrativa, al no aparecer en el precepto remitido, lo cual no resulta adecuado ni jurídico. El Honorable Consejero de Estado Danilo Rojas ofrece la siguiente interpretación que parece adecuada: “habría que

preguntar ¿si por virtud de la regla de caducidad establecida en el inciso 2 del artículo 102, sería el caso rechazar de plano la solicitud, pues las causales para negar la petición especial son taxativas y en ellas no está la caducidad? Como no parece viable el rechazo de plano en este caso –ni en ninguno otro en el que se consideren presupuestos del reconocimiento del derecho, tales como la legitimación para actuar, la prescripción, etc.-, habría que incluir estos asuntos en la primera causal para negar la petición especial –esto es, la que habilita el periodo probatorio orientado a demostrar que no se tiene el derecho-, con lo que se pondría de presente que la razón para el rechazo es no solo la falta del derecho en términos sustantivos, sino también la imposibilidad adjetiva de acceder a él.”⁷⁰

El sapiente Consejero de Estado alerta sobre una dificultad que se puede presentar en este trámite, si se presenta un silencio de la administración en caso de caducidad y el asunto llegare a la Alta Corporación, el cual plantea así: “Esto comporta una dificultad en el trámite del procedimiento del artículo 269, pues el mismo está previsto para que el Consejo de Estado ordene o no la extensión de la jurisprudencia, pero no para que decida cuestiones procesales tales como si procede o no la caducidad de la acción o si hay legitimación en la causa, circunstancias que, sin embargo, podrán ser de su conocimiento si así se lo solicita el peticionario, cuando la administración niegue la extensión de la jurisprudencia basado en alguno de estos presupuestos procesales y amparado en la primera causal de rechazo establecida en el artículo 102. Así las cosas, el Consejo de Estado se vería avocado a conocer dos veces el mismo asunto: primero para resolver cuestiones adjetivas y luego para fallar de fondo sobre la jurisprudencia”⁷¹

Estimamos que al margen de que ese sea el tema que se le lleve al Consejo de Estado, se haya o no planteado por la administración, la Corporación judicial debe motu proprio entrar

⁷⁰ Ob.cit, P.P. 105, 106

⁷¹ Ob.Cit. P 106

a revisar el punto, pues mal podría extender una jurisprudencia a quien no tiene derecho por haberlo dejado caducar, sobre el argumento de que no le fue invocado ese aspecto y que su única intervención es para extender o no la jurisprudencia. Propicio recordar que la declaratoria de caducidad a diferencia de la prescripción procede de oficio.

El Magistrado propone como solución “A partir de lo actualmente normado, la salida más razonable para evitar ese doble pronunciamiento es que al iniciar el trámite del 269 y disponer el traslado para alegatos y pruebas, se prevenga a la administración para que responda no solo la cuestión procesal, sino también el fondo de la petición especial. Esto es, que sin perjuicio de considerar caducada la acción –que llevó al rechazo de la solicitud de extensión-, indique igualmente si hay razones sustanciales de rechazo: que no tiene el derecho, que la jurisprudencia objeto de extensión no es igual, o que no está de acuerdo con la interpretación dada por el Consejo de Estado-. Solo así, esta Corporación podría tomar una sola decisión y resolver tanto la cuestión procesal como la de fondo. Sobra decir que si prospera la primera no será necesario entrar a analizar la segunda, pero sí a la inversa.”⁷²

No se desconoce que lo ideal sería que la administración, acuciosa como es de esperarse, actúe en presencia de una especial petición como es la que nos ocupa, decida ocuparse del tema de manera integral, esto es abastecer su análisis de forma y fondo, aspecto adjetivo y sustantivo, como por ejemplo , analiza que además de que la jurisprudencia no se puede extender como se le solicita, ésta pretensión judicial ya caducó, o que sí sería viable hacerle extensiva dicha jurisprudencia pero por razones de caducidad la administración le es imposible hacerlo, en fin cualquiera sea la circunstancias que advierta . Empero, una vez más se reitera, el Consejo de Estado, en nuestra óptica debe proceder de manera oficiosa cualquiera sea la situación.

⁷² Ob.cit.,P106

Se hace esta precisión por lo que expone el Dr. Rojas Betancourth con lo cual coincidimos “Un resultado semejante se produciría si es la administración la que actúa de igual forma sin necesidad de que así lo disponga el Consejo de Estado al momento del traslado para alegatos y pruebas. Eso quiere decir que cuando la administración advierta la existencia de la caducidad de la acción o el incumplimiento de algún presupuesto procesal que impida el reclamo del derecho sustancial, al resolver la petición de extensión de la jurisprudencia debe hacerlo considerando tanto lo adjetivo como lo de fondo. Proceder así puede llevar sin embargo a considerar procedente la extensión de la jurisprudencia, pero tener dudas sobre la caducidad o sobre la legitimación para actuar, en cuyo caso la procedencia de la petición especial estaría sujeta a que el Consejo de Estado resuelva (solo) la cuestión procesal que se plantea.”

Y mayor nuestra coincidencia con el reputado Magistrado, como que es lo que justifica nuestra investigación, cuando lapidariamente concluye “Todas las reflexiones hechas anteriormente (debate dogmático) lo que ponen de presente es la urgencia de reglamentar la nueva figura, para evitar los vaivenes que se puedan producir por la falta de claridad de algunos aspectos normativos como los estudiados.”⁷³

3.4 Fase Probatoria

No se aprecia que el legislador haya previsto una fase para la práctica de pruebas en el trámite que se surte ante el Consejo de Estado, mucho menos el decreto oficioso de ellas, tan solo prevé la aducción de la prueba documental. En efecto, reza la norma: “Del escrito se dará traslado a la administración demandada y a la Agencia Nacional de Defensa

⁷³ Ob.cit.p106

Jurídica del Estado por el término común de treinta (30) días para que aporten las pruebas que consideren...” Y agrega, “Vencido el término de traslado referido anteriormente, se convocará a una audiencia que se celebrará en un plazo máximo de quince (15) días contados a partir de la notificación a las partes; en dicha audiencia se escuchará a las partes (sic) en sus alegatos y se adoptará la decisión a que haya lugar”.

Significa entonces que el término de 30 días concedido a la administración demandada y Agencia Nacional de Defensa Jurídica es para que incorporen al trámite las pruebas que estimen útil aportar, más no para solicitar su práctica, como se dijo.

El solicitante, se entiende que aporta sus pruebas, las incorpora con el escrito de solicitud de extensión de jurisprudencia.

No se aprecia la previsión de un término para la contradicción de las pruebas aducidas por las partes, ya que el legislador dispuso que una vez concluido el traslado, se convoca a audiencia en donde “...se escuchará a las partes en sus alegatos y se adoptará la decisión a que haya lugar.”

Ante dicha omisión tendríamos que concluir, o bien que en los alegatos las partes tienen que aprovechar el espacio para hacer las correspondientes contradicciones por su propia iniciativa, o ya que el operador judicial en esa audiencia para alegar, le dé inicio con una fase que autorice el ejercicio de la contradicción y luego sí permitir las alegaciones si a ello hubiere lugar, todo ello bajo el abrigo del artículo 29 de la C.N, que torna imperativo este derecho constitucional.

Consideramos que es altamente inconveniente no haber previsto una fase probatoria en este trámite judicial, lo cual se verá reflejado en la ineficacia de tan importante figura, ya que la autoridad judicial, puede eventualmente abstenerse de extender la jurisprudencia, por orfandad probatoria.

Por vía de ejemplo supóngase que se acudió al Consejo de Estado ante el silencio de la administración, y ésta se opone alegando que para definir si se puede o no extender la

jurisprudencia es indispensable la práctica de pruebas apoyado en la causal primera del artículo 102 del CPACA. Sin duda que la decisión judicial ha de ser adversa al convocante, pero no necesariamente porque no sea titular del derecho reclamado, sino básicamente y exclusivamente, por no tener la oportunidad procesal de demostrarlo. Situaciones como estas no serán infrecuentes en la práctica judicial, lo que contrarrestará la eficacia de tan importante figura, contribuyendo en la causa de la inseguridad jurídica que lamentablemente advertimos en esta investigación.

3.5 Extensión Parcial de la Jurisprudencia

En cuanto a la extensión parcial de la jurisprudencia, no parece ofrecer dificultad el concluir que es viable la aplicación parcial de una jurisprudencia. La complejidad, como se dijo líneas atrás sí puede darse en establecer en una jurisprudencia qué de ella es *obiter dicta* y qué configura la *ratio decidendi*, para afirmar contundentemente que sólo el último concepto se torna imperativo.

De este segundo concepto la inquietud que se plantea es si la *ratio decidendi* debe ser aplicada en su integridad o admite una aplicación parcial. Nos atrevemos a afirmar que es viable, no solo por su conveniencia sino porque no merece reproche jurídico.

3.6 Naturaleza Jurídica de la Decisión de Extensión de Jurisprudencia

En relación a la naturaleza jurídica de la decisión de extensión de la jurisprudencia, el legislador estatuyó que una vez escuchados los alegatos de las partes "...adoptará la decisión a que haya lugar". Y si la solicitud le favorece al petente "...el Consejo de Estado ordenará la extensión de la jurisprudencia y el reconocimiento del derecho a que hubiere lugar. Esta decisión tendrá los mismos efectos del fallo aplicado".

Anti técnicamente el legislador refiere a “decisión”, ni siquiera aproxima el concepto a providencia judicial. Ante esta inexactitud conceptual es necesario escudriñar cuál es la naturaleza jurídica de tal decisión y una vez escudriñado, aproximarnos a qué efectos jurídicos produce lo decidido. Se advertirá si el asunto ofrece o no alguna dificultad en su aplicación práctica.

Iniciemos el dilema recordando que los estatutos procesales de manera técnica se refieren a las providencias judiciales⁷⁴, que la doctrina clasifica en actos de decisión, de declaración de voluntad⁷⁵. Las providencias judiciales son los autos y las sentencias.

Las sentencias son las que resuelven sobre las pretensiones de la demanda y autos las demás providencias⁷⁶. Los autos son interlocutorios y de sustanciación.

“Providencia se deriva del latín *pro video*. La providencia se denomina también *resolución o proveído*; procesalmente la providencia o la resolución es el pronunciamiento que en torno a un determinado aspecto emite el órgano jurisdiccional. La providencia o la resolución es el pronunciamiento que en torno a un determinado aspecto emite el órgano jurisdiccional. La providencia o resolución es consiguientemente una declaración de voluntad del órgano jurisdiccional. Se clasifica en *autos y sentencias*. Los autos son las providencias o resoluciones que proveen sobre cuestiones distintas de la pretensión y de las excepciones de mérito. Los autos son de *sustanciación* o de mero trámite y autos *interlocutorios* (de interlocutar, que se da antes de la sentencia).

“*Los autos de sustanciación* o de mero trámite son los que se limitan a dar impulso o desarrollo al procedimiento, como el que ordena correr un traslado, el que fija fecha y hora para una audiencia o diligencia. Por lo general solo tiene recurso de reposición.

⁷⁴ C.P.C. art. 302; C.G.P. art 278; C.P.P. art. 161; C:p. Del T. Art 62

⁷⁵ QUINTERO, B., & PRIETO, E. (2005). Teoría General del Proceso Tomo II. Temis .195p.

⁷⁶ C.P.C. art. 302; C.G.P. art 278

“*Los autos interlocutorios* son los que proveen sobre alguna cuestión de mérito distinta de las pretensiones y de las excepciones de fondo. Por ejemplo el que resuelve sobre la nulidad procesal, sobre medidas cautelares o preventivas...”

“Las sentencias son las providencias o resoluciones que proveen sobre el fondo de la cuestión propuesta (...) la declaración de voluntad del órgano jurisdiccional mediante la cual resuelve generalmente en forma definitiva el litigio”⁷⁷

Conforme con esta precisión doctrinaria podemos sostener que la decisión que adopte el Consejo de estado posee la naturaleza de sentencia, en cuanto con ella provee sobre el fondo de la cuestión propuesta, que aun cuando técnicamente no es una demanda, sino una mera solicitud, que debe elevar “mediante escrito razonado” (art. 269 CPACA) es la “cuestión propuesta” al Consejo de Estado.

Superada esa primera dificultad, corresponde ahora averiguar qué efecto produce dicha sentencia, si en todos los casos produce el efecto de cosa juzgada.

Preceptúa el legislador que si la solicitud se estima procedente, el Consejo de Estado ordena la extensión de la jurisprudencia y el reconocimiento del derecho a que hubiere lugar. “Esta decisión tendrá los mismos efectos del fallo aplicado” (art. 269).

Así las cosas podemos advertir el efecto de cosa juzgada para la decisión del Consejo de Estado que ordena la extensión de la jurisprudencia y el reconocimiento del derecho, ya que produce “...los mismos efectos del fallo aplicado”

El “fallo aplicado”, necesariamente es una sentencia de unificación de la misma corporación, luego sin ambages esta “decisión”, (sentencia para nosotros) producirá idéntico efecto al de la sentencia unificadora, que sin duda será el de cosa juzgada.

⁷⁷ GARCÍA SARMIENTO, E. (2008). Elementos Teórico-Prácticos de Derecho Procesal Civil. Doctrina y Ley. p54.

Ahora bien, nada dijo el legislador sobre el efecto de la decisión que niega la extensión de la jurisprudencia. En ese orden, puede sostenerse válidamente que produce idéntico efecto?

Todo parece indicar que no produce efecto de cosa juzgada, pero el asunto no es claro. Veamos estos escenarios:

El Consejo de Estado niega la solicitud de extensión de la jurisprudencia por orfandad probatoria, conforme lo autoriza el numeral 1° del artículo 102 del CPACA. Más luego, el peticionario provisto de la prueba suficiente, comparece con la misma solicitud, pero robustecido con el material probatorio echado de menos en la primera oportunidad. ¿Puede la administración en primera instancia desatender la solicitud sobre la base que el Consejo de Estado ya negó tal pedimento?, ¿Puede la propia Corporación judicial denegarlo por haberlo decidido anteriormente y argumentar el efecto de cosa juzgada?

Otro escenario, este bajo el supuesto de la causal segunda de negación de la petición permitida en el artículo 102, donde se asumió que la situación del solicitante es distinta a la resuelta en la sentencia de unificación, pero revisado nuevamente el asunto se concluye que la situación sí es idéntica. ¿Podría una vez más negarse sobre el argumento de haber sido decidido de manera definitiva?

Como se anticipó, somos de la opinión que en los casos de negación de la petición, aun cuando estamos en presencia de una típica sentencia que resuelve de fondo el asunto sometido a su consideración, no tiene la virtualidad de generar efecto de cosa juzgada.

3.7 Los efectos de una Sentencia De unificación y La cosa Juzgada

Debe aceptarse sin ningún obstáculo que el concepto tradicionalmente aceptado de la cosa juzgada varía de acuerdo con la nueva normatividad que se analiza.

En tratándose de sentencias de unificación proferidas por el Consejo de Estado que reconozcan derechos a los administrados, los efectos de cosa juzgada no serán inexorable y exclusivamente interpartes como nos lo enseñaron en los estudios de la teoría general del proceso. Tales sentencias producen ahora efectos erga omnes relativa, esto es, a todos aquellos que se encuentran en los mismos supuestos fácticos y jurídicos y estén interesados en que así se declare.

El artículo siguiente, en lo que interesa señala: En virtud del principio de igualdad, todo cambio de la jurisprudencia sobre el alcance y contenido de la norma, debe ser expresa y suficientemente explicado y motivado en la providencia que lo contenga.

3.8 Recursos Contra esta Decisión

Partiendo de la afirmación de que nos encontramos en presencia de una “decisión” que corresponde a la naturaleza jurídica de una sentencia, y de ser esta tesis aceptada, podemos afirmar sin vacilación que no procede recurso ordinario alguno, por la naturaleza y finalidad que ellos persiguen.

Estimamos que puede abrirse otra dificultad en tratándose de recursos extraordinarios, ante el silencio guardado por el legislador en torno a la procedencia de recursos.

En efecto, si el legislador ni dispuso ni prohibió lo concerniente a la impugnación de esta “decisión”, si se acoge nuestra posición de que estamos en frente de una sentencia, tendremos que concluir que es procedente el recurso extraordinario de revisión previsto en los artículos 268 y siguientes del CPACA.

No se advierte obstáculo para arribar a la anterior conclusión en el supuesto de encontrarnos ante una sentencia, y que ésta no es proferida por la sala plena del Consejo de Estado, lo que la hace viable.

En tratándose de la extensión de un fallo que implique el reconocimiento de un derecho patrimonial al peticionario que deba ser liquidado, ésta deberá hacerse mediante el trámite incidental previsto para la condena in genere “...y el escrito que lo promueva deberá ser presentado por el peticionario, ante la autoridad judicial que habría sido competente para conocer la acción que dio lugar a la extensión de la jurisprudencia dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la decisión del Consejo de Estado” (art. 269).

Guarda silencio el precepto sobre la consecuencia de no hacer la liquidación dentro del término estipulado y entonces surge la duda que difícilmente podremos despejar en este trabajo, amén que no es ese el propósito de la investigación.

Anticipadamente opinamos de manera muy tímida que ninguna consecuencia debe producir su inobservancia, aun cuando debía producirla. No puede producir consecuencia alguna porque lamentablemente el legislador guardó silencio, no se sabe si a propósito de manera intencional o fue por un lamentable olvido.

No parece acertado pensar en aplicar el fenómeno de la caducidad o de la prescripción del derecho porque es un tema de competencia del legislador y no podrá el operador judicial aplicar criterios de analogía o de interpretación extensiva. Por consiguiente, se insiste, el criterio es que su consecuencia no puede ser ninguna diferente a presentar la solicitud en

forma extemporánea. Será la jurisprudencia quien se encargue de aclarar tan importante aspecto, que una vez más y por ahora será objeto de incertidumbre, de inseguridad jurídica.

4. CONCLUSIONES

- La novedosa figura jurídica de extensión de jurisprudencia de unificación del Consejo de Estado, hoy no admite reproche constitucional alguno, ya que además de ser el fruto de la profusa jurisprudencia de la Corte Constitucional en tal sentido, ya cuenta con su total y absoluto aval.
- Es tal el prestigio de la figura que ha sido adoptada en otros ordenamientos, entre otros, el recientemente expedido Código General del Proceso
- Si desatiende o no el sistema de fuentes es un tema ya superado constitucionalmente, independientemente que se comparta o no la decidida posición adoptada por la H. Corte Constitucional
- Es coherente el legislador al traer al ordenamiento jurídico la nueva figura, porque de esta manera materializa principios superiores como la igualdad de trato, seguridad jurídica, debido proceso, legalidad.
- La aplicación de la extensión de la jurisprudencia de unificación del Consejo de Estado debe hacerse en forma oficiosa por la administración (art. 10), con ocasión de una petición especial (art.102) o por disposición del propio Consejo de Estado (art. 269)
- La extensión de la jurisprudencia, no requiere de varios pronunciamientos en un mismo sentido, basta uno solo, pero de unificación del Consejo de Estado, para tornarse imperativa su aplicación. Esta situación puede generar inseguridad jurídica porque se parte del supuesto de ser temas controversiales que requiere unificación de criterios.

- Mientras no se elaboren sentencias absolutamente diáfanas en precisar qué constituye idéntica situación fáctica y jurídica, la autoridad administrativa no tendrá la certeza de si debe o no extender la jurisprudencia, causando inseguridad jurídica.
- Las sentencias de unificación deberán elaborarse de manera muy cuidadosa, precisando con rigor los supuestos fácticos y jurídicos, para que sean faro de guía a la administración y así poder cumplir cabalmente tan importante figura.
- En los inicios de la aplicación de la figura, como es naturalmente previsible, congestionará al Consejo de Estado, porque serán muchedumbre las solicitudes de extensión a la administración, como muchas también serán sus negativas, mientras se afianza, depura y decanta su forma de aplicación.
- En el sistema jurídico colombiano no se cuenta aún con la divulgación suficiente, con líneas jurisprudenciales definidas, constituyendo un reto inmediato para la judicatura.
- Ante la importancia que adquirió la jurisprudencia en Colombia, al ser hoy fuente obligada de aplicación, para que esta figura cumpla el rol que le corresponde, es indispensable hacer un vuelco en la enseñanza del derecho, desde los claustros universitarios, proporcionando al estudiante el análisis jurisprudencial, las líneas jurisprudenciales, no solo de la Corte Constitucional, sino de todas las Cortes.
- La nueva figura revaloriza la función de la jurisprudencia, enaltece el oficio del juez, al tiempo que le obliga a estar a la altura de tan Magna responsabilidad, por lo que tienen que hacerse las reformas pertinentes para cambiar la cultura jurídica de ciudadanos, de la administración a quien compete en primera instancia hacerla eficaz, a los abogados y por supuesto que a la propia judicatura.

BIBLIOGRAFÍA

ALVAREZ JARAMILLO, Luis Fernando. “Antecedentes y Presentación General de la Ley 1437 de 2011”. En: Seminario Internacional de Presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo Ley 1437 de 2011. 32p.

Artículo 10 de la ley 153 de 1887, Código Civil de la Republica de Colombia.

Artículo 161 del Código de Procedimiento Penal de la Republica de Colombia.

Artículo 278 del Código General del Proceso de la Republica de Colombia.

Artículo 302 del Código de Procedimiento Civil de la Republica de Colombia.

BERNAL PULIDO, Carlos. “El precedente constitucional”. En: V Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo: Los procesos ante las jurisdicciones constitucional y de lo contencioso administrativo. Bogotá 11, 12 y 13 de agosto de 2004. Universidad Externado de Colombia. 142 p.

BUITRAGO VALENCIA, Susana. “Aportes del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo al Ordenamiento Jurídico Colombiano”. En: Memorias del Seminario Internacional de presentación del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ley 1437 de 2011, Bogotá, Consejo de Estado y Contraloría General de la República, p. 105-110.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia del 11 de marzo de 1993. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. (Sentencia Número C-104). Copia tomada directamente de la Corporación

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia del 1 de abril de 1993. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. (Sentencia Número C-131). Copia tomada directamente de la Corporación.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia del 7 de octubre de 1998. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. (Sentencia Número T-566). Copia tomada directamente de la Corporación.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia del 7 de diciembre de 2001. Magistrado Ponente: Rodrigo Uprimny Yepes. (Sentencia Número T-1317). Copia tomada directamente de la Corporación.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia del 5 de junio de 2003. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil. (Sentencia Número T-468). Copia tomada directamente de la Corporación.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia del 6 de abril de 2006. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. (Sentencia Número T-292). Copia tomada directamente de la Corporación.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia del 16 de septiembre de 2009. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo. (Sentencia Número C-637). Copia tomada directamente de la Corporación.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia del 3 de febrero de 2010. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio. (Sentencia Número C-061). Copia tomada directamente de la Corporación

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia del 18 de enero de 2011. Magistrado Ponente: Ernesto Vargas Silva. (Sentencia Número C-634), pág. 5. Copia tomada directamente de la Corporación.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia del 13 de junio de 2011. Magistrado Ponente: Ernesto Vargas Silva. (Sentencia Número T-482). Copia tomada directamente de la Corporación.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia del 6 de julio de 2011. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. (Sentencia Número C-539). Copia tomada directamente de la Corporación.

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 18 de abril de 2013 C. P. Carlos Alberto Zambrano (Sentencia Número 17859).

Consejo de Estado. Auto 19718 de 01-02-2013. M.P. Martha Teresa Briceño De Valencia

Consejo de Estado. M.P.: William Zambrano Cetina. 16 de febrero de 2012. Radicación numero: 11001-03-06-000-2011-00049-00(2069)

GARCÍA SARMIENTO, E. (2008). Elementos Teórico-Prácticos de Derecho Procesal Civil. Doctrina y Ley. 54p.

HERNÁNDEZ BECERRA, Augusto. El Nuevo Código y la Constitucionalización del Derecho Administrativo

MONROY CHURCH, Ricardo H. “Implementación del Nuevo Código, retos y perspectivas”. En: Memorias del Seminario Internacional de presentación del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ley 1437 de 2011, Bogotá, Consejo de Estado y Contraloría General de la República, p 528

PAREJO ALFONSO, Luciano. “El nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo desde la perspectiva del derecho comparado”. En: Memorias del Seminario Internacional de presentación del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ley 1437 de 2011, Bogotá, Consejo de Estado y Contraloría General de la República, p. 105-110.

PÉREZ VÁSQUEZ, Rodolfo. La Jurisprudencia Vinculante como Norma Jurídica. En: http://www.uac.edu.co/images/stories/publicaciones/revistas_cientificas/juris/volumen-4-no-7/art-1.pdf. P10.

QUINTERO, B., & PRIETO, E. (2005). Teoría General del Proceso Tomo II. Temis. 195p.

ROJAS BETANCOURTH, Danilo. Extensión de las sentencias de unificación de la jurisprudencia. P90

SARMIENTO ERAZO, Juan Pablo. El Recurso Extraordinario De Unificación Jurisprudencial, ¿Hacia la Instauración de un Juez de Casación en lo Contencioso-Administrativo? *Revista Universitas* Núm. 123, Julio 2011. Páginas: 247-281

TARUFFO, Michelle. (2007). Precedente y jurisprudencia. *Precedente: Anuario Jurídico* . 85-99.

VÁCHA GALINDO, Juan Carlos. Lecciones de Derecho Procesal Administrativo. Bogotá: Universidad Javeriana, 2006. 60 p.