

Información Importante

La Universidad Santo Tomás, informa que el(los) autor(es) ha(n) autorizado a usuarios internos y externos de la institución a consultar el contenido de este documento a través del catálogo en línea, página web y Repositorio Institucional del CRAI-USTA, así como en las redes sociales y demás sitios web de información del país y del exterior con las cuales tenga convenio la Universidad.

Se permite la consulta a los usuarios interesados en el contenido de este documento, para todos los usos que tengan **finalidad académica**, siempre y cuando mediante la correspondiente cita bibliográfica se le dé crédito al trabajo de grado y a su autor, nunca para usos comerciales.

De conformidad con lo establecido en el Artículo 30 de la Ley 23 de 1982 y el artículo 11 de la Decisión Andina 351 de 1993, la Universidad Santo Tomás informa que “los derechos morales sobre documento son propiedad de los autores, los cuales son irrenunciables, imprescriptibles, inembargables e inalienables.

Centro de Recursos para el Aprendizaje y la Investigación, CRAI-USTA

Universidad Santo Tomás, Bucaramanga

El precedente administrativo en el proceso de responsabilidad fiscal en Colombia

Paula Andrea Acosta González, Juan Camilo Barbosa Jaime, Gregorio José Rojas

Garavito

Trabajo de grado para obtener el título de Abogado

Director

Dr. César Augusto Romero Molina

Doctorado en derecho

Universidad Santo Tomás, Bucaramanga

División de Ciencias Jurídicas y Políticas

Facultad de Derecho

2021

Agradecimientos

Agradecemos primeramente a Dios por iluminar nuestro camino, porque solo la sabiduría proviene de él y en él la decisión inteligente.

A nuestros padres y hermanos, motor de fortaleza y amor, que fueron la base para afrontar nuestra carrera profesional y el presente trabajo.

Al Dr. César Augusto Romero Molina, directo de trabajo de grado por su compañía y consejos, al Dr. Juan Pablo Moncada Florez, decano y amigo; por su amistad y por ser un guía en este camino.

Finalmente, como homenaje póstumo a Rodrigo Rojas González; padre, esposo y amigo ejemplar, quien el día de la entrega final de este trabajo parte al encuentro con el Padre celestial, con la satisfacción de haber cumplido su propósito en la tierra.

Contenido

	Pág.
1. El precedente administrativo en el proceso de responsabilidad fiscal en Colombia.....	10
1.1 Planteamiento del problema	10
1.1.1 Formulación de pregunta de investigación.....	13
1.2 Justificación.....	13
1.3 Objetivos.....	15
1.3.1 Objetivo general	15
1.3.2 Objetivos específicos:.....	15
2. Marco teórico	15
2.1 Antecedentes.....	15
2.2 Estado del arte	21
2.3 Marco conceptual o referencial	26
3. Hipótesis.....	31
4. Metodología	31
5. Resultados esperados	33
6. Cronograma de actividades	34
7. Presupuesto	34
8. El proceso de responsabilidad fiscal en Colombia y sus garantías de protección de los derechos de los sujetos investigados	35
9. Desarrollo de la teoría del precedente administrativo en Colombia y su desarrollo en el proceso de Responsabilidad fiscal.....	50
10. Conclusiones.....	63

Referencias..... 71

Listado de Tablas

	Pág.
Tabla 1. <i>Cronograma de actividades</i>	34
Tabla 2. <i>Presupuesto del proyecto de investigación</i>	34
Tabla 3. <i>Cuadro comparativo procesos de Responsabilidad fiscal</i>	40

Resumen

El presente trabajo es una investigación socio jurídica, cualitativa, con alcance analítico descriptivo, que tiene como objetivo Analizar la aplicación del precedente administrativo en el proceso de Responsabilidad Fiscal en Colombia, como mecanismo garante de los derechos de los sujetos investigados, buscando así efectivizar los principios Constitucionales de la seguridad jurídica, buena fe, igualdad y confianza legítima de los sujetos investigados en el marco de un proceso de responsabilidad fiscal; partiendo del desarrollo normativo doctrinal del precedente judicial para acercarnos al concepto de precedente administrativo, sus características y aplicación práctica en el proceso de responsabilidad fiscal a cargo de los organismos de control fiscal como la Contraloría General de la Republica, Contralorías Territoriales y la Auditoria General de la República

Palabras claves: precedente administrativo, responsabilidad fiscal, igualdad, seguridad jurídica

Abstract

The current study is a socio-legal investigation and responds to a qualitative search with descriptive analytics scope. It will be the purpose of this work to analyze the administrative precedent application into the Fiscal Responsibility process in Colombia. All that as a mechanism of enforcement to protect the rights of the subjects of investigation. Furthermore, to effectuate the constitutional principles such a legal certainty, goodwill, equity, and legitimate expectations of the subjects of investigation within the Fiscal Responsibility Process. This, starting from the doctrinal normative development of the judicial precedent to approach the concept of administrative precedent, its characteristics and practical application in the process of fiscal responsibility in charge of the fiscal control bodies such as the Comptroller General of the Republic, Territorial Comptrollers, and the General Audit of the Republic.

Keywords: administrative precedent, fiscal responsibility, equity, legal certainty

Introducción

El precedente administrativo es una figura novedosa en los sistemas jurídicos continentales, pero que cuentan con una legitimidad potencial, puntualmente en el ordenamiento jurídico colombiano como un mecanismo de efectivización de garantías constitucionales propias de un estado social y democrático de derecho cómo la confianza legítima la seguridad jurídica la igualdad, buena fe y transparencia en este sentido la corte constitucional colombiana ha venido generando una jurisprudencia que legitima la extensión de decisiones anteriores de la administración pública a casos actuales que guardan una estrecha relación fáctica y jurídica; es así que los organismos de control fiscal, Contraloría general de la República, contralorías territoriales y auditoría general de la República, en su calidad de autoridades administrativas tienen el deber de reconocer la extensión de los precedentes administrativos; en este orden de ideas la presente investigación busca plantear un procedimiento desde lo ya existente para la aplicación de los precedentes administrativos en los procesos de responsabilidad fiscal en Colombia.

1. El precedente administrativo en el proceso de responsabilidad fiscal en Colombia

1.1 Planteamiento del problema

El precedente administrativo es una herramienta y figura novedosa en el sistema jurídico colombiano, el cual emana de las decisiones definitivas expresadas por el Órgano Administrativo. Para entender su origen es necesario trazar una breve línea histórica que precise la connotación del precedente y su germen, sin que ello desvíe el tema principal de la presente investigación, el cual reposa en el Precedente Administrativo específicamente. En primer lugar, los precedentes son considerados como herramientas legítimas y efectivas en los ordenamientos jurídicos anglosajones; particularmente en países como Inglaterra o Estados Unidos. Allí, los jueces al impartir decisiones de casos específicos crean a su vez directrices normativas que establecen un precedente. Por lo tanto, en este sistema el juez tiene una inclinación inherente a seguir las reglas de interpretación y aplicación normativa establecidas por sus homólogos en casos anteriores, recopilados mediante la jurisprudencia, siempre y cuando se demuestre una estrecha relación de afinidad en los elementos fácticos y jurídicos de cada caso.

No obstante, es esencial distinguir que los conceptos de precedente y jurisprudencia no son equiparables, sino que refieren a vocablos disímiles. Díez Sastre (2008) explica la jurisprudencia como la mera recopilación de decisiones judiciales, una simple aglomeración de sentencias de las altas cortes del país, mientras que el precedente es la razón que se deposita en las decisiones judiciales, y que debido a su relevancia o el tema que trata se convierte en un referente que merece ser analizado cuando se vuelva a dictar una decisión a un tema de iguales circunstancias fácticas y jurídicas.

De manera que los precedentes se van generando con el paso del tiempo. En donde el operador jurídico dentro de sus providencias interpreta y adapta la normatividad a una sociedad móvil, cambiante y con necesidades, que una norma estática no podría complacer. Éste, se vuelve extensivo, siempre y cuando se conserve un vínculo de semejanza entre los casos que se van manifestando. Generalmente, se habla de dos tipos de precedente, según emane del aparato jurisdiccional o del órgano administrativo. Sin embargo, esta investigación se concentra únicamente en el emanado por el Órgano Administrativo, a través de sus decisiones definitivas sobre un asunto en particular, esto es, actos administrativos, bien sean resoluciones, decretos o circulares, entre otros.

Ahora bien, en Colombia ha sido la rama judicial la principal responsable del avance jurídico doctrinal en materia de precedente administrativo, siendo la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado como órganos de cierre en sus respectivas jurisdicciones y en especial la Corte Constitucional, quien ha dado una apertura a la figura del precedente administrativo, haciendo a un lado la rigidez hasta ahora adoptada en estas instituciones. Por ello, una vez abordada la discusión del precedente administrativo, es el legislador quien da un paso adelante para armonizar el mismo. De tal manera, se abre la posibilidad de establecer dicha institución jurídica por parte de autoridades administrativas de manera concisa con la expedición de las leyes 1340 de 2009 y 1437 de 2011.

La Ley 1340 de 2009, marca un antes y un después en la materia que prioriza la presente investigación, toda vez que, por primera vez el legislador habla directamente sobre el precedente administrativo como fuente de derecho. Por otro lado, la ley 1437 de 2011 en su artículo 10 abre el panorama a dos aplicaciones del precedente; por vía judicial y por vía administrativa. Lo

anterior, se evidencia con la lectura armónica de dicho cuerpo normativo, el cual en su artículo 2 reza:

Ámbito de aplicación. Las normas de esta Parte Primera del Código se aplican a todos los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, a los órganos autónomos e independientes del Estado y a los particulares, cuando cumplan funciones administrativas. A todos ellos se les dará el nombre de autoridades. (Ley 1437 de 2011)

Es importante resaltar este apartado normativo toda vez que, resulta ser una norma de carácter general para todas las llamadas “autoridades administrativas” salvo norma especial. Lo cual, constituye un deber de aplicación del precedente administrativo contemplado en el artículo 10 por parte de estas autoridades.

Es así, que el precedente administrativo se enmarca como un mecanismo que permite la efectivización de principios constitucionales como la igualdad, seguridad jurídica, buena fe, transparencia y confianza legítima, de los administrados. No obstante, en Colombia al existir un sinnúmero de autoridades administrativas, se hace dispendioso evidenciar la aplicación del precedente administrativo. Es así el caso de los Órganos de Control Fiscal tanto en el nivel central como territorial en el cual centra esta investigación, toda vez que, estos tienen a su cargo la vigilancia de la gestión fiscal de las arcas del Estado, así como el establecer mediante fallos de responsabilidad fiscal a los servidores públicos y a los particulares que causen por acción o por omisión y en forma dolosa o culposa, un daño al patrimonio del Estado. Sin embargo, dentro del proceso de Responsabilidad Fiscal se puede advertir la no aplicación del Precedente Administrativo en las decisiones emitidas por estos organismos, principalmente por la no existencia de garantías procesales y de publicidad en los fallos de Responsabilidad Fiscal, violando

múltiples derechos constitucionales y legales de los sujetos investigados, lo que conllevaría a una presunta nulidad de lo actuado en sala administrativa, aunado al control automático de legalidad en el caso de producirse un fallo con responsabilidad fiscal en el marco del artículo 23 de la ley 2080 de 2021, que permite en sala judicial revisar de manera integral el fallo de responsabilidad y en el cual se podría advertir la irregularidad de violación del precedente administrativo.

1.1.1 Formulación de pregunta de investigación

¿Cómo aplicar la teoría del precedente administrativo en el proceso de Responsabilidad Fiscal en Colombia, como mecanismo garante de los derechos de los sujetos investigados?

1.2 Justificación

El Control fiscal en Colombia se erige desde la constitución de 1991 como una función pública a cargo de la Contraloría General de la Republica y consta de cuatro frentes misionales; 1. La vigilancia del patrimonio público, 2. Valoración de costos ambientales, 3. Análisis del entorno macroeconómico del Estado y, 4. Determinación de responsabilidad fiscal (Botero & Villa, 2018). Esta última regulada por las leyes 610 del 2000 y 1474 de 2011. Mismas que serán motivo de estudio en la presente investigación, toda vez, que se analizará la presunta inaplicación del precedente administrativo, en el proceso de responsabilidad fiscal que adelanta tanto la Contraloría General de la Republica, como las Contralorías territoriales. Lo anterior, en aras de contribuir desde el análisis normativo/ doctrinal a la protección de los derechos fundamentales de los sujetos investigados fiscalmente. Los cuales, pueden ser víctimas de la inaplicación uniforme de la norma y de los estándares de interpretación jurídica que aplican los entes de Control Fiscal, al no asegurar

la garantía mínima de publicidad de los fallos, generando inseguridad jurídica a los presuntos responsables de detrimento patrimonial del Estado.

En mérito de lo expuesto, la presente investigación busca dotar a los investigados de argumentos jurídicos que les permitan acceder a fallos igualitarios emitidos por los Organismos de Control Fiscal y que de no hacerse se imponga la carga al operador administrativo de argumentar los motivos por los cuales se aparta del precedente en los términos y condiciones que la jurisprudencia constitucional ha expuesto. Además, que al omitir dichas reglas llevaría a la consecuencia de generar un defecto que puede viciar la decisión.

Si bien es cierto, el Control Fiscal en Colombia “no tiene un carácter sancionatorio, sino eminentemente resarcitorio, debido a que busca recuperar el valor equivalente al detrimento ocasionado al patrimonio de una entidad estatal, teniendo esta suma como límite a exigir” (*Sentencia C-338, 2014*), en palabras de la misma Corte Constitucional “en este proceso se deben observar las garantías sustanciales y adjetivas propias del debido proceso de manera acorde con el diseño constitucional del control fiscal” (*Sentencia C-338, 2014*), máxime cuando los órganos de control fiscal en ejercicio de su función determinadora de responsabilidad fiscal, tienen la libertad de interpretar la norma jurídica e incluso conceptuar sobre lo que puede generar o no detrimento patrimonial al Estado, es por eso que al tener un amplio margen interpretativo se hace loable que existan dictámenes que en su narrativa fáctica son muy similares pero en su resuelve muy disímiles, por no hacerse uso de los precedentes ya dispuestos por el mismo organismo o incluso por sus homólogos, ergo, al no estar expresamente reglamentado

1.3 Objetivos

1.3.1 Objetivo general

Analizar la aplicación del precedente administrativo en el proceso de Responsabilidad Fiscal en Colombia, como mecanismo garante de los derechos de los sujetos investigados.

1.3.2 Objetivos específicos:

Identificar los elementos e instituciones propios del proceso de responsabilidad fiscal en Colombia que harían viable la aplicación de los presentes administrativos.

Esbozar el desarrollo legal y jurisprudencial de la Teoría del Precedente Administrativo en Colombia y su desarrollo en el proceso de Responsabilidad Fiscal.

2. Marco teórico

2.1 Antecedentes

La figura jurídica del precedente administrativo, es evidentemente novedosa en el ordenamiento jurídico colombiano, puesto que para llegar a esta, fue necesario primero ahondar en el estudio y avance del precedente judicial. Este precedente se ha desarrollado legislativamente desde la Constitución de 1886 y es a raíz de esta, que se expide la Ley 153 de 1887, Ley que marca una disruptiva en materia de decisiones judiciales, pues se abre una nueva figura llamada “doctrina legal más probable”. Esta nueva herramienta es un gran paso en materia de seguridad jurídica, pues exponía que ante cualquier duda en una decisión, se empezaría a aplicar esta doctrina; misma

que se constituía en tres decisiones o más de la Corte Suprema de Justicia acerca de un mismo tema de derecho.

Este método tuvo ligeras variaciones legislativas, concretamente en 1890 con la Ley 105, la cual desarrolló la figura como ‘‘Doctrina legal’’; y posteriormente con la Ley 163 en 1896, en donde finalmente se estandarizó esta figura como ‘‘doctrina probable’’. A pesar de estos ligeros cambios, la esencia se mantuvo, pues, con esta última legislación, la idea fue crear un instrumento de igualdad y seguridad jurídica al determinar que, ante casos semejantes, la Corte Suprema de Justicia podría aplicar esta doctrina probable.

Casi un siglo después con la entrada en vigor de la Carta Magna de 1991 y con ella, la creación de una corporación que, sin duda, marcó una diferencia notoria en el entendimiento del sistema jurídico colombiano, una institución acorde a los retos de un Estado social y democrático de derecho; hablamos de la Corte Constitucional Colombiana, que se encargó de dar las primeras directrices y acercarse al concepto del Precedente Administrativo.

En materia jurisprudencial, no cabe duda que la Corte Constitucional ha transformado innumerables instituciones jurídicas; y es que su fin radica en garantizar principios constitucionales propios de un Estado Social de Derecho. Es por ello que, al hablar de principios como la igualdad, la seguridad jurídica, buena fe o confianza legítima; no fue ajena esta corporación para evolucionar en el desarrollo del precedente administrativo, figura que busca garantizar estos principios.

Es así, que en el año 2004 mediante la sentencia T-545 el máximo órgano constitucional evalúa la figura del precedente administrativo de manera concisa. A través de esta sentencia la Corte Constitucional hace alusión al precedente administrativo con base en un reconocimiento pensional, tomando como fundamento una actuación administrativa previa. Este pronunciamiento

de la corporación, resalta la importancia de tomar decisiones de la manera más objetiva posible y dejando a un lado la subjetividad con la cual en repetidas ocasiones se toman decisiones tanto administrativas, como judiciales. Puntualmente asevera la Corte en esta sentencia:

El criterio de razonabilidad de la interpretación como producto de su aplicación administrativa y judicial reiterada, es un desarrollo del artículo 13 de la Constitución, en la medida en que garantiza uniformidad en la forma en que el derecho objetivo se concreta en las prácticas sociales: ya sea en la decisión judicial de controversias o en el funcionamiento ordinario de la administración. (*Sentencia T-545, 2004*)

De esta manera la Corte Constitucional, hace referencia a la importancia de garantizar derechos como la seguridad jurídica en decisiones de casos análogos. Sin embargo, también resalta que esta regla no le corresponde únicamente al operador judicial, sino también a otras autoridades en torno del funcionamiento ordinario de la administración pública.

Una vez la Corte Constitucional emprende un análisis en torno a la existencia y procedencia del Precedente Administrativo en Colombia, desde el órgano legislativo se comienza a promulgar leyes que coadyuvan a la regularización del mismo. Sin duda que la legislación disruptiva en esta materia arranca con la Ley 1340 de 2009, mediante la cual se dictaron normas en materia de protección de la competencia, además, es la encargada de reglar de manera directa el precedente administrativo como fuente de derecho, lo cual reforzó lo enunciado por la Corte Constitucional respecto al precedente judicial, puesto que este, ya no se entiende como un elemento auxiliar, sino como fuente formal de Derecho (Quecán, 2019). En esta Ley se regula la doctrina probable por parte de una autoridad no judicial, como lo es la Superintendencia de Industria y Comercio, retomando aquel concepto del legislador en 1887, dictando, que tres decisiones uniformes frente a un asunto de derecho, constituiría Doctrina Probable.

El pronunciamiento del máximo órgano constitucional con respecto a la constitucionalidad de este apartado normativo no se hizo esperar, y a través de la sentencia C-537 de 2010, se estableció un antes y un después en materia del Precedente Administrativo. Mediante ella, la Corte otorga fuerza vinculante de manera concreta, basándose en los principios Constitucionales de la seguridad jurídica, buena fe, igualdad y confianza legítima. Además, a través de esta sentencia, la Corte hace alusión a cada uno de los antecedentes jurisprudenciales y legislativos que permiten concluir la importancia de dar fuerza normativa al Precedente Administrativo.

Manifiesta la corte en diferentes apartados de la sentencia C-537 de 2010, lo siguiente:

Se establece la posibilidad de crear doctrina probable en sede administrativa. (...) En ese caso lo que se presenta es una vinculación más formal al precedente administrativo que se desarrolla en consonancia con los principios constitucionales de igualdad, seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima. (...). En suma, la Corte estima que no existe prohibición constitucional para que a través de la Ley se pueda establecer la figura de la doctrina probable de carácter administrativo. (*Sentencia C-537, 2010*)

Corolario de lo anterior, lo que se busca a través de este pronunciamiento es garantizar los principios y derechos constitucionales esenciales de un Estado Social de Derecho, ello, ante similitud de elementos fácticos presenciar la igualdad de decisiones.

La Ley 1437 de 2011, es de suma importancia en la presente investigación, pues el tema principal de la misma yace del Precedente Administrativo, mismo que emana precisamente de aquellas autoridades administrativas. Estas autoridades están regladas por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo Ley 1437 de 2011. Es por esto que en primer lugar debe entenderse que todas las llamadas “autoridades administrativas” se rigen

en lo dispuesto en esta Ley, salvo norma especial. Esto, al tenor de lo dispuesto en el artículo 2 que versa:

Artículo 2o. Ámbito de aplicación. Las normas de esta Parte Primera del Código se aplican a todos los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, a los órganos autónomos e independientes del Estado y a los particulares, cuando cumplan funciones administrativas. A todos ellos se les dará el nombre de autoridades. (*Ley 1437 de 2011*)

Bajo esta argumentación acerca del ámbito de aplicación, es claro entonces, que, no habría motivo aparente para la no aplicación del artículo 10 de esta norma de carácter general. Este artículo es probablemente la piedra angular de la presente investigación, toda vez que expresa:

Artículo 10. Deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia. Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas. (*Ley 1437 de 2011, enero 18*)

Colofón de lo expuesto, es explícita la norma al indicar la importancia de la unificación de decisiones, no solo en vías judiciales, sino también en instancias administrativas. Con esto, ya no es sólo una herramienta desarrollada jurisprudencialmente o en casos excepcionales, sino que pasa a ser una norma general para todas las autoridades administrativas.

Por otra parte, es fundamental resaltar la nueva reforma al CPACA; en la cual se presentan algunos cambios a tener en cuenta a través de la ley 2080 de 2021. El primer lugar, el control automático de legalidad de los fallos con responsabilidad fiscal, el cual se adicionó mediante el

artículo 23, mismo que indica que los fallos con responsabilidad fiscal tendrán un control automático de legalidad, ante el Consejo de Estado (en los fallos de la Contraloría General de la República) y ante los Tribunales Administrativos (en los fallos de Contralorías del orden territorial).

Con esta reforma, entra en vigencia el nuevo artículo 185^a, mediante el cual se desarrolla el trámite que se debe dar al control automático de legalidad de estos fallos. Además, con esta reforma se da un paso considerable al principio de publicidad, pues, la Sala de decisión que avoque conocimiento (bien sea Consejo de Estado o Tribunal Administrativo), fijará por secretaría un aviso acerca de la existencia del proceso, de esta manera cualquier ciudadano podrá intervenir - durante el término fijado- por escrito pronunciándose acerca de la legalidad de este. Esto permite que exista la posibilidad de acceder a los fallos emitidos por las Contralorías en sus diferentes niveles jerárquicos, la Auditoría General de la República y las Contralorías territoriales, lo cual implica un avance en materia de publicidad de los fallos de Responsabilidad Fiscal.

No obstante, es menester mencionar que mediante el Acto legislativo 04 del 18 septiembre de 2019 se realizó una reforma constitucional al régimen de control fiscal. Construyéndose un nuevo pilar en el desarrollo y progreso de la gestión pública. Con esta reforma, se cambia estructuralmente la vigilancia y control de los recursos públicos incorporándose: el control preventivo y concomitante entorno a la administración de recursos del Estado; el control prevalente por parte de la Contraloría General de la República ante entidades territoriales; el control jurisdiccional frente a los fallos con responsabilidad con término de un año; la unificación de la vigilancia y control fiscal y los informes de auditoría como plena prueba en el escenario de un proceso penal.

2.2 Estado del arte

Si bien la presente investigación presenta dos vertientes de estudio, por un lado, la historia, evolución y aplicación del Precedente Administrativo y el proceso de Responsabilidad Fiscal en Colombia, es el primero de estos el cual presenta una importante evolución dogmática, toda vez que el mayor desarrollo del proceso de responsabilidad fiscal y en especial lo concerniente a la publicidad de los fallos y la unificación de criterios ha tenido un avance vía legal y jurisprudencial; dicho lo anterior se procede a exponer el estado del arte del precedente administrativo en Colombia en los siguientes términos:

Al tenor de lo expuesto por Díez-Picazo (1982), en su libro “La doctrina del precedente administrativo”, “El tema del precedente administrativo ha despertado poco interés teórico, como lo demuestra su escaso tratamiento doctrinal” (p.2), sin embargo ha venido evolucionando y tomando una especial importancia, máxime en un país como Colombia que si bien cuenta con un sistema jurídico de derecho continental, es un Estado social y democrático de derecho, garante de los principios y garantías fundamentales de todas las personas en el territorio nacional, concordante con lo expuesto por Ortiz Díaz (1957) que presentaba en su artículo “El Precedente Administrativo” como la “experiencia francesa muestra que el Derecho Administrativo no es más que un medio al servicio de aquellas exigencias fundamentales de la vida social, a las cuales tiene por misión el Derecho responder la estabilidad del orden, la seguridad del particular” (p.16) situación que se materializa con la aplicación del precedente administrativo y que ha tenido una mayor evolución en los estrados judiciales, situación expone el tratadista Bernal Pulido (2008) realizando una radiografía al sistema jurídico colombiano logrando concluir que “la fuerza vinculante del precedente parece consolidarse cada día en la práctica jurídica colombiana. No

obstante, aún hay por lo menos dos obstáculos, uno institucional y uno fáctico, que dificultan su desarrollo.” (p.14) obstáculos a los cuales no es ajeno el precedente administrativo.

Coligado a lo anterior el tratadista colombiano Santofimio Gamboa (2010) se adentra a conceptualizar el precedente administrativo en el contexto colombiano y afirma:

El concepto de precedente administrativo en el sistema del derecho positivo nacional no ha tenido mayor desarrollo doctrinal. Prácticamente, se puede sostener sin lugar a equívocos, que el tema se encuentra ausente de la discusión doctrinal ordinaria en relación con las materias básicas de nuestro subsistema del derecho administrativo, habiéndole correspondido su desarrollo básicamente a la jurisprudencia constitucional a partir de la remisión a los elementos estructuradores del concepto de precedente judicial, que de vieja data ya se habían incorporado a la legislación nacional, pero que a partir de la entrada en vigencia de la constitución de 1991 se fortalecieron con la adopción por la corporación de la doctrina anglosajona en la materia. (p.10)

Doctrina anglosajona que como lo expresa el doctor Romero Molina (2011) en su artículo “Una aproximación al precedente administrativo en Colombia desde las Leyes 1340 de 2009 y 1395 de 2010” “se caracteriza por que sus decisiones (sentencias judiciales) son las que crean derecho, que al ser aplicadas de manera sistemática encarnan el concepto de precedente” (p.02).

Como se ha venido exponiendo, es reiterada en la doctrina la postura que argumenta el poco desarrollo dogmático de la teoría del precedente administrativo en Colombia. No obstante, se converge en la doctrina existente, el reconocimiento del sistema de precedentes como propio del derecho común, pero que sin embargo, se vuelve aplicable en el derecho continental mediante el reconocimiento de las garantías fundamentales de los administrados como lo manifiesta Quecán (2019) en su artículo “El precedente administrativo en Colombia: implicaciones y dificultades”:

El precedente administrativo está fuertemente vinculado a los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica, ya que su propósito está intencionado en atacar la arbitrariedad de la administración, y dotar a todos los ciudadanos de una herramienta que les permita defender sus derechos ante una discriminación injustificada. (p.2)

Frente a dicha discriminación Díez Sastre (2008) en su libro “La fuerza vinculante del precedente administrativo” aclara que el precedente administrativo es relevante en dos direcciones, puesto que: a) constituye un modelo para la toma de decisiones y b) Es una técnica de control de la toma de las mismas. Frente a esta última, autores como Bedoya (2014), han dedicado sus esfuerzos a analizar el impacto que tiene los precedentes administrativos en la discrecionalidad administrativo, como se puede evidenciar en su artículo “El precedente administrativo en el ordenamiento jurídico Colombiano” en el cual afirma:

En el ejercicio de la discrecionalidad administrativa es donde el P.A., tal cual lo afirma Díez Picazo (1982), actúa como un instrumento al servicio de los principios generales del derecho, con el propósito de controlar la actuación de la administración en medio de esta discrecionalidad, de esta manera se puede realizar un control de legalidad a la administración, evitando la arbitrariedad.

Así pues, la discrecionalidad administrativa según Giannini (1993) es aquel poder que tiene la administración, de determinar en cierto margen decisonal una posible solución que debe basarse en el interés público para un caso en concreto. Esto constituye una libertad de apreciación, que el ordenamiento jurídico permite a la administración al decidir un asunto. (p.4)

Conforme lo anterior la administración tiene cierto margen de discrecionalidad, pero que necesita de herramientas jurídicas efectivas que eviten el desbordamiento de dicha facultad, puesto

que terminaría en la violación de los derechos fundamentales de los administrados anteriormente expuestos citando a Quecán Gamba.

En este orden de ideas, los Precedentes Administrativos representan una herramienta jurídica fundamental en la lucha de la desbordada discrecionalidad administrativa, configura piedra angular de la efectividad de principios fundamentales como la igualdad, buena fe, seguridad jurídica e incluso confianza legítima como lo presenta Mesa Valencia (2013) en su libro “El principio de la buena fe: el acto propio y la confianza legítima” en el cual afirma que el “precedente administrativo, a diferencia de la teoría del acto propio e inclusive de la confianza legítima, amplía el espectro de aplicación de la buena fe en la administración, la cual debe conservar el deber de coherencia en sus actuaciones” (p.84) y reconoce al precedente administrativo como la “joya de la corona” del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011.

La ley 1437 de 2011 [CPACA], es sin duda alguna, la norma actual rectora del precedente administrativo en Colombia, ya que, desde su artículo primero se establece la finalidad, ámbito de aplicación y principios rectores del código; es por eso que Cabarcas Mercado (2019) dedica gran parte de su libro “El Precedente Administrativo en Colombia: Un Estudio a su Naturaleza Jurídica” a estudiar los avances que represento en materia de precedentes la precitada norma y afirma:

Una de las novedades normativas del [CPACA], corresponde a la inserción de los artículos 10, 102, 269, estas normas contienen ávidamente el deber de las autoridades administrativas de respetar los precedentes dictados por las altas cortes, pero preferentemente aquellas sentencias de unificación emanadas del consejo de Estado (en adelante CE). Para García (2017), “la ley 1437 de 2011 plantea tres posibilidades de fuerza vinculante de la jurisprudencia decantada del Consejo de Estado e interpretativas de la Corte Constitucional” (p.34)

Sin embargo es importante aclarar la distinción entre precedente administrativo y precedente judicial en la jurisdicción contenciosa administrativa, puesto que de la lectura de los artículos 10, 102 y 269 se puede llegar a entender que solo generan precedentes las Altas Cortes judiciales del país, lo cual es erróneo, puesto que como lo hemos visto, incluso sin la referencia expresa del [CPACA] es plenamente vinculante la aplicación de los precedentes por vía constitucional en cuanto representa una herramienta de efectivización de garantías fundamentales de los administrados, dicho esto las llamadas autoridades administrativas también son generadoras de precedentes administrativos y no solo se satisfacen mediante el mecanismo de extensión de jurisprudencia puesto que la administración no genera jurisprudencia, pues no existe la jurisprudencia administrativa, sino el precedente administrativo (Díez Sastre, 2008).

Es así como los Organismos de Control Fiscal como autoridades administrativas tienen la responsabilidad de aplicar el mecanismo de precedente administrativo toda vez que como lo evidencia el tratadista Gómez Lee (2016) en su libro “La seguridad jurídica, El caso de la Responsabilidad Fiscal en Colombia” la amplia discrecionalidad de las Contralorías en el ejercicio de su competencia determinadora de responsabilidad fiscal, ha generado grandes contradicciones de las que han surgido figuras como los tipos en blanco o la mera subjetividad, resultados impredecibles e inciertos que son generadoras de incertidumbre, principalmente por la falta de soporte de las decisiones en precedentes, doctrina y dogmática propia.

En conclusión, como lo planteaba el tratadista Santofimio Gamboa (2010), el precedente administrativo es en últimas:

La decisión administrativa que fija de manera consistente y vinculante a partir de una solución jurídica a una situación fáctica específica-, el alcance y aplicación de las normas, principios y valores a las que se encuentra sujeta la administración en relación con un evento

determinado, de manera tal, que un caso o asunto administrativo a ser resuelto por la autoridad administrativa correspondiente, y que coincida en sus razones fácticas con otro ya resuelto por el mismo reparto o dependencia administrativa, le sea aplicada la misma concepción jurídica y solución en derecho, - *ratio decidendi* - no por la vía de la costumbre o de prácticas históricas de la administración, sino, por el contrario, por la exposición de sólidos y razonables argumentos jurídicos que hacen vivencial el sistema jurídico garantizando plenamente la igualdad, legalidad, seguridad jurídica y el debido proceso. (p.26)

2.3 Marco conceptual o referencial

Es imperiosa la necesidad de definir ciertos conceptos claves para la correcta comprensión de la investigación, puesto que marcan el sentido de esta, ellos son: la expresión del Precedente, en torno de la cual gira la presente investigación; dicho esto, a la luz de la sentencia T-762 de 2011 el Precedente es la institución jurídica conformada por un conjunto de sentencias anteriores al caso que habrá de resolver. En las cuáles, se deposita la razón de las decisiones judiciales conocida como *Ratio decidendi*, que, por su pertinencia para la resolución de un problema jurídico, debido a una estrecha afinidad en los elementos fácticos, debe considerarse necesaria por parte de un juez o una autoridad determinada al momento de dictar sentencia. (*Sentencia T-762, 2011*)

No obstante, la presente investigación reposa en el análisis conceptual del Precedente administrativo, entendiéndose este como aquel que representa la *ratio decidendi* de las decisiones emitidas por las autoridades administrativas, equiparando de manera análoga la connotación con el precedente judicial. Por ello, “se convierte en una técnica de comparación entre una y varios actos anteriores y otro precedente, que juega un papel fundamental en el conjunto de principios generales del derecho consagrados constitucionalmente. (Díez Sastre, 2008, p.147)

Así como lo manifiesta Santofimio Gamboa (Santofimio Gamboa, 2010):

Un caso o asunto administrativo al ser resuelto por la autoridad administrativa correspondiente, y que coincida en sus razones fácticas con otro ya resuelto por el mismo reparto o dependencia administrativa, le sea aplicada la misma concepción jurídica y solución en derecho, *-ratio decidendi-* no por la vía de la costumbre o de prácticas históricas de la administración, sino, por el contrario, por la exposición de sólidos y razonables argumentos jurídicos que hacen vivencial el sistema jurídico garantizando plenamente la igualdad, legalidad, seguridad jurídica y el debido proceso (p. 26).

Ahora bien, la Autoridad Administrativa en concordancia con lo expuesto por el Consejo de Estado, es aquella que ejercen quienes desempeñan cargos de la administración nacional, general y municipal o de los órganos electorales y de control que impliquen poderes decisorios de mando o imposición sobre los subordinados o la sociedad. (*Las funciones de autoridad administrativa y política.pdf*, n.d.). Misma que es ejercida no solo por los alcaldes de cada departamento, sino también por los jefes de las entidades descentralizadas y las unidades administrativas especiales, así como por empleados públicos que cuenten con la competencia de realizar funciones administrativas como contratación, ordenación del gasto, decisión de situaciones administrativas e investigación de falta disciplinarias.

Así mismo, a fin de esclarecer el ámbito de investigación dentro de la presente tesis es menester diferenciar los términos de Función pública y función administrativa. Es así, que el primero de ellos, refiere a todas las acciones y funciones que realiza el Estado. Ello, por medio de los órganos de las ramas del poder público; ejecutivo, legislativo y judicial. Así como también los órganos autónomos e independientes, y las demás entidades o agencias públicas, con el propósito de lograr cada uno de sus fines. Sin embargo, cuando se trae a colación el vocablo Función

administrativa, este contiene una connotación disímil, pues recae en las actividades desempeñadas por las autoridades Administrativas, así como por algunos particulares facultados por el Estado, mismos que hacen parte de la Rama Ejecutiva. Es así, que a la luz del artículo 209 de la Constitución Política la función administrativa se desarrolla mediante desconcentración, delegación y descentralización.

Por otro lado, el Proceso de responsabilidad fiscal, regulado por la LEY 610 de 2000 , es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías a nivel central y o territorial, con el fin de establecer la responsabilidad de los servidores públicos y los particulares, que tengan bajo su custodia bienes o dineros del Estado, cuando en el ejercicio de sus funciones o en la administración de sus bienes, por acción u omisión causen un detrimento patrimonial a las arcas del Estado de manera culposa o dolosa. (*Ley 610 de 2000*, agosto 15)

Por ende, es un proceso de naturaleza administrativa en razón a su propia materia, además, la responsabilidad que se declara a través de dicho proceso es esencialmente administrativa y patrimonial. Ello debido a que tiene de manera directa una finalidad meramente resarcitoria.

La presente investigación al relacionarse con el precedente administrativo trae consigo la importancia de hacer alusión a principios constitucionales que deben garantizarse en los fallos de responsabilidad fiscal por parte de las contralorías tanto nacionales y territoriales del Estado Colombiano.

En primer lugar, en la sentencia C-178 de 2014, el máximo órgano Constitucional define el principio de Igualdad, como uno de los elementos esenciales de un Estado Constitucional y Social de Derecho. Lo cual, en términos generales, ordena dar un trato igual a quienes se encuentran en la misma situación fáctica, y un trato diverso a quienes se hallan en distintas condiciones de hecho. Es así, que con el artículo 13 de la Constitución de 1991, se agrupan un

conjunto de mandatos autónomos, que no siempre se refieren de manera equivalente, entre los que se destacan:

(i) la igualdad formal o igualdad ante la ley, relacionada con el carácter general y abstracto de las disposiciones normativas dictadas por el Congreso de la República y su aplicación uniforme a todas las personas; (ii) la prohibición de discriminación, que excluye la legitimidad constitucional de cualquier acto (no solo las leyes) que involucre una distinción basada en motivos definidos como prohibidos por la Constitución Política, el derecho internacional de los derechos humanos, o bien, la prohibición de distinciones irrazonables; y (iii) el principio de igualdad material, que ordena la adopción de medidas afirmativas para asegurar la vigencia del principio de igualdad ante circunstancias fácticas desiguales. (*Sentencia C-178*, 2014)

Por otro lado, en la sentencia SU-072 de 2018, La Corte Constitucional puntualiza que el principio de la seguridad jurídica implica que “en la interpretación y aplicación del derecho es una condición necesaria de la realización de un orden justo y de la efectividad de los derechos y libertades de los ciudadanos, dado que solo a partir del cumplimiento de esa garantía podrán identificar aquello que el ordenamiento jurídico ordena, prohíbe o permite”. (*SU-072*, 2018)

Otro de los principios es el referente a la Buena fe, este ha sido definido en reiteradas ocasiones por el máximo órgano Constitucional, es así, el caso de la sentencia C-1194 de 2008, en donde una vez se designa a este principio como aquel que exhorta a los particulares y a las autoridades públicas para que ajusten sus comportamientos a conductas honestas, leales y conformes con las actuaciones que debe esperarse de una “persona correcta (*vir bonus*)”. Es por ello que el Principio de la buena fe conlleva a la creación de relaciones recíprocas con relevancia jurídica y como tal hace referencia a la “confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada”.

Así también el principio de confianza legítima en la sentencia T-472 de 2009 se determina como:

Un mandato inspirado y retroalimentado por el de la buena fe y otros, que consiste en que la administración no puede repentinamente cambiar unas condiciones que directa o indirectamente permitía a los administrados, sin que se otorgue un período razonable de transición o una solución para los problemas derivados de su acción u omisión.

Por tal razón, se cataloga como un principio constitucional que, de manera directa e indirecta, se encuentra en cabeza de los administrados, construyendo al Estado a conseguir que se garantice y se proteja dicho principio.

Finalmente, a la luz del artículo 3, inciso 2 de la Ley 1712 de 2014 “Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública”. El principio de Transparencia, es aquel:

Principio conforme al cual toda la información en poder de los sujetos obligados definidos en esta ley se presume pública, en consecuencia, de lo cual dichos sujetos están en el deber de proporcionar y facilitar el acceso a la misma en los términos más amplios posibles y a través de los medios y procedimientos que al efecto establezca la ley, excluyendo solo aquello que esté sujeto a las excepciones constitucionales y legales y bajo el cumplimiento de los requisitos establecidos en esta ley.

Lo anterior refiere que dentro de los sujetos obligados por mandato de ley se encuentre “toda entidad pública” con excepción de lo deprecado en el parágrafo 2 de la ley 712 de 2014. Debiendo así, toda entidad pública permitir el acceso a la información de manera que se garantice la transparencia de las actuaciones de los agentes estatales.

3. Hipótesis

El precedente administrativo dentro del proceso de responsabilidad fiscal en Colombia debe ser aplicado, atendiendo a los avances sobre la materia realizados por las altas cortes de la rama judicial, basándose en el desarrollo que ha tenido a partir de su implicación como mecanismo de efectivización de múltiples derechos consagrados en la carta magna de 1991 y el avance normativo dispuesto en la Ley 1340 de 2009, por medio de la cual, se introdujo esta institución como mecanismo válido de generación de confianza legítima en el proceso administrativo de protección de la competencia, mediante la teoría de la doctrina probable.

Es así como el precedente administrativo se debe sustentar prima facie en el cumplimiento tajante de los principios de transparencia y publicidad de la actuación administrativa que permitan satisfacer los derechos constitucionales a la igualdad, seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima de los administrados, incursos en un proceso de responsabilidad fiscal; permitiendo la extensión interpretativa del ordenamiento jurídico de un pronunciamiento anterior de la administración, frente a un proceso actual, atendiendo a criterios de identidad objetiva y subjetiva; es decir que se guarde un alto grado de similitud en los supuestos facticos, jurídicos y en la entidad administrativa productora del pronunciamiento anterior y el actual, puesto que si se incumple tan solo uno de estos requisitos se entenderá que es inviable la aplicación del precedente administrativo.

4. Metodología

La presente es una investigación socio-jurídica, definida por Javier Díaz Díaz como aquella que busca “integrar “Derecho” y “Realidad social” busca estudiar dicha realidad para mejorarla a través del orden jurídico, o para corroborar si el orden jurídico es apto para la realidad en la cual

se origina” (Díaz Díaz, 2008), lo anterior en cuanto la presente investigación busca analizar la aplicación de la institución jurídica del precedente administrativo en el proceso de Responsabilidad Fiscal en Colombia, como mecanismo garante de los derechos de los sujetos investigados, deteniéndose en el estudio de la norma y la dogmática jurídica para poder determinar la validez de la aplicación de dicha herramienta jurídica y su impacto en el ordenamiento jurídico colombiano, en especial en el proceso de Responsabilidad fiscal.

La investigación es de clase cualitativa ya que como la define Rojas de Escalona “La investigación cualitativa es fundamentalmente interpretativa; su foco de interés está en la descripción, análisis e interpretación que conducen a la comprensión de la realidad en estudio.” (Rojas de Escalona, 2014), con alcance analítico descriptivo, toda vez que busca analizar la herramienta del precedente administrativo y su aplicación en el proceso de responsabilidad fiscal en Colombia y exponer los beneficios que este trae para los sujetos investigados.

Fuentes de información

En la realización de la propuesta y posterior desarrollo de la investigación se usan las siguientes fuentes:

a. Fuentes primarias:

- Constitución Política de Colombia.
- Legislación Colombiana.
- Sentencias de la Corte Constitucional Colombiana.
- Sentencias del Consejo de Estado

b. Fuentes secundarias:

- Doctrina.
- Investigaciones jurídicas.

- Actos administrativos.
- Conceptos emitidos por Entidades públicas.

Procedimientos

Se llevarán a cabo los siguientes pasos:

1. Selección y delimitación de la información: Las fuentes tanto primarias como secundarias deberán citar o hacer referencia al precedente administrativo en Colombia y/o al proceso de responsabilidad fiscal.
2. Sistematización de la información: para este paso se utilizará la herramienta Zotero, como gestor de referencias bibliográficas.
3. Análisis y entrega de resultados: Organizando la investigación de la siguiente forma:
 - a. Capítulo I: El proceso de Responsabilidad Fiscal en Colombia y sus garantías de protección de los derechos de los sujetos investigados.
 - b. Capítulo II: Desarrollo de la Teoría del Precedente Administrativo en Colombia y su desarrollo en el proceso de Responsabilidad Fiscal.
 - c. Conclusiones, existencia y aplicación del precedente administrativo en los procesos de Responsabilidad Fiscal en Colombia

5. Resultados esperados

Con la consecución de los objetivos de investigación planteados se espera:

- Sustentación y defensa de la monografía.
- Publicación de un artículo de investigación.

6. Cronograma de actividades

Tabla 1. Cronograma de actividades

ACTIVIDADES A DESARROLLA R	MESES																											
	Marzo				Abril				Mayo				Junio					Julio				Agosto						
	Semana				Semana				Semana				Semana					Semana				Semana						
	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	5	1	2	3	4	1	2	3	4			
Selección y delimitación de la información del objetivo 1 y 2	X	X																										
Sistematización de la información del objetivo 1 y 2			X	X																								
Redacción del primer capítulo de los resultados					X	X																						
Redacción del segundo capítulo de los resultados							X	X																				
Conclusiones									X	X																		

7. Presupuesto

Tabla 2. Presupuesto del proyecto de investigación

Rubro	Cantidad	Descripción	Valor total
Material bibliográfico	3	Suscripción a bases de datos	\$ 300.000
TOTAL			\$ 300.000

8. El proceso de responsabilidad fiscal en Colombia y sus garantías de protección de los derechos de los sujetos investigados

El proceso de Responsabilidad Fiscal en Colombia prima facie encuentra su sustento en el artículo 267 y siguientes de la Constitución Política de 1991, no obstante, se enriquece de una amplia historia atada a la realidad social y política de nuestro País.

La renuncia del entonces presidente Marco Fidel Suarez en noviembre de 1921 es una radiografía de la crisis social y económica que atravesó el país en los años previos a este histórico hecho. Como lo manifiesta el escritor Colombia Santos Molano (1942), fue una crisis que respondió a la carencia de un sistema administrativo y financiero en Colombia, perceptible desde la Constitución de 1886 y que requirió “una misión de expertos norteamericanos encabezados por Edwin Walter Kemmerer , profesor de economía política con amplia experiencia en los temas de moneda y banca”(Contraloría General de la República, s. f.), para afrontar dicha crisis.

La denominada misión Kemmerer encabezada por Walter Kemmerer y acompañada por quien fue ministro de hacienda del gobierno de Olaya Herrera, Esteban Jaramillo, culmina con entre otras, una recomendación fundamental y piedra angular de la Responsabilidad Fiscal en Colombia que da origen a la Ley 42 de 1923 sobre "Organización de la contabilidad oficial y creación del Departamento de Contraloría", derogando así el denominado Código Fiscal, regulado en la Ley 110 de 1912; dando paso a lo que sería un control fiscal serio con una autoridad autónoma como el Departamento de Contraloría, primer vestigio de lo que sería la Contraloría General de la Republica y que agrupaba La Corte de Cuentas, la Dirección General de Contabilidad, la Oficina Nacional de Estadística y la Oficina Central de Ordenaciones del Ministerio del Tesoro.

Comprendida y dimensionada la importancia de un Control Fiscal encargado de la vigilancia del patrimonio público, se lleva a cabo en 1945 una reforma constitucional encaminada

a continuar el proceso de modernización del Estado Colombiano, creando así oficialmente la Contraloría General de la República como organismo encargado de la vigilancia de la gestión fiscal de la administración.

Continuando con la constitucionalización del control fiscal en Colombia, la Constitución de 1991 da un giro de 180° pasando de un control numérico legal establecido por la ley 20 de 1975, a un proceso de responsabilidad fiscal posterior y selectivo “fundamentado en la eficiencia, la economía, la eficacia y la valoración de los costos ambientales” (Contraloría General de la República, s. f.) que concibió a la Contraloría General de la República como un organismo técnico con autonomía presupuestal y administrativa. Como lo indica (Maldonado Narváez, 2014):

El control fiscal que de antaño ha existido en Colombia, tuvo que adecuarse a los nuevos lineamientos del Estado Social de Derecho. Dicha adecuación supone de una parte la observancia de la regulación propia de los Estados de Derecho en cuanto al establecimiento de la normativa y las sanciones para las

conductas que puedan afectar el erario público; de otro lado, en materia social supone la asunción de unos compromisos de tipo ético y moral que deben mostrar los administradores del gasto, para cumplir con los objetivos y garantías mínimas que el Estado debe ofrecer a sus coasociados. Sin embargo, la doble faceta que debe observar el control fiscal en Colombia, como Estado

Social de Derecho, debe propender por la disminución de la corrupción y evitar la desviación de los recursos públicos para los fines para los que se establecen dentro de la programación financiera que se realiza. (pág. 129).

Es así como en 1993 el Congreso de la República expide la ley 42 de 1993 “Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen” creando así

el proceso de Responsabilidad Fiscal en Colombia, como mecanismo fundamental para el ejercicio del control fiscal, el cual podría ser adelantado de manera oficiosa o a petición de parte, siempre respetando el debido proceso para el establecimiento de responsabilidad fiscal, en las etapas procesales de investigación y juicio, propendiendo así por la disminución de la corrupción y evitando la desviación de recursos públicos.

El proceso Responsabilidad Fiscal expuesto en el capítulo III de la ley 42 de 1993, presentaba no obstante muchos vacíos y dejaba un amplio margen de interpretación, pese a tratarse de una norma procesal, es así que la Contraloría General de la Republica asume la competencia para legislar mediante Resoluciones los vacíos de dicho proceso, sustentándose en la potestad reglamentaria reconocida por la constitución política de 1991, ergo tachaba con la inconstitucionalidad, tal como lo deja claro la Corte Constitucional en sentencia *SU-620*, 1996, indicando:

la potestad reglamentaria que excepcionalmente se reconoce al Contralor, en modo alguno lo autoriza para sustituir al legislador en el establecimiento del procedimiento que debe seguirse para determinar la responsabilidad fiscal de quienes manejan fondos o bienes públicos. Es obvio, que la regulación del proceso de responsabilidad fiscal corresponde al legislador. (pág. 3).

Es así que el Congreso de la Republica emprende la tarea de elaborar un estatuto procesal autónomo que diera respuesta a las necesidades propias del proceso de Responsabilidad Fiscal conforme a las cargas y responsabilidades asignadas por el constituyente del 91 a la Contraloría General de la República, las Contralorías territoriales y la Auditoria General de la República, motivo por el cual se expide en el año 2000 la ley 610, Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías, definiendo el mismo como:

ARTICULO 1o. El proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado. (*Ley 610 de 2000*)

Entendida la gestión fiscal como aquellas actividades que pueden ser ejercidas tanto por servidores públicos como por particulares, en administración o manejo de bienes y fondos públicos bien sea en la etapa de recaudo, adquisición, conservación, enajenación, gasto, inversión o disposición.

De esta manera y partiendo del numeral 5 del artículo 268 constitucional el proceso de responsabilidad fiscal se constituye como el mecanismo procesal que tienen los funcionarios asignados en los Organismos de control fiscal como la Contraloría General de la República, Las Contralorías territoriales y la Auditoría General de la República, para investigar, establecer y sancionar la responsabilidad que resulte de la indebida administración de los recursos y bienes del Estado por parte de los servidores públicos y particulares en ejercicio de la gestión fiscal.

No obstante, como se resaltaba anteriormente, siempre en el marco del derecho fundamental al debido proceso de los sujetos investigados bien sean servidores públicos o particulares en ejercicio de la gestión fiscal. Es así como el artículo segundo de la Ley 610 del 2000 reconoce como principios fundamentales del proceso de responsabilidad fiscal, el debido proceso, principio de legalidad, jurisdicción y competencia, presunción de inocencia, derecho de defensa, doble instancia, igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, aunado a los principios propios del derecho procesal administrativo.

En este orden de ideas, el proceso de responsabilidad fiscal se presenta como un proceso garantista que busca no solo el resarcimiento del daño patrimonial ocasionado al Estado si no también satisfacer los fines esenciales del mismo expuestos en el artículo 2 de la Carta Magna.

Por tal motivo el legislador les otorga a los sujetos investigados en el marco del proceso de responsabilidad fiscal mecanismos como el grado de consulta, el derecho de reserva y publicidad de las actuaciones, derecho a rendir descargos, a solicitar y presentar pruebas, recusar al operador jurídico, contar con un apoderado, ser escuchado en versión libre, vinculación del garante, entre otros mecanismos de defensa y salvaguarda de los derechos con los cuales cuentan los sujetos investigados.

Para ahondar un poco más en el proceso de responsabilidad fiscal estipulado en ley 610 del 2000, es importante partir del hecho que es un proceso eminentemente administrativo, toda vez que “la administración al igual que los jueces aplica el derecho, cuando en ejercicio de sus competencias tiene que definir situaciones jurídicas particulares y concretas” (*Sentencia T-334, 1998*) y que tiene como objetivo no solo la definición de aquellas situaciones jurídicas particulares y concretas, sino finalmente el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público, mediante el seguimiento del ritual propio procesal, iniciando de manera oficiosa, mediante la vigilancia de la gestión fiscal a través del proceso auditor, el control de resultados, las solicitudes que en tal sentido formulen las entidades vigiladas o las denuncias presentadas por cualquier persona u organización ciudadana, continuando con la indagación preliminar, la apertura del proceso de responsabilidad fiscal, los descargos por parte del sujeto investigado, práctica de pruebas y finalmente con un fallo en primera y eventualmente segunda instancia.

En este punto es importante aclarar que la ley 1474 de 2011 dispone en su artículo 97 la posibilidad de omitir la indagación preliminar, la cual venía siendo optativa “cuando del análisis

del dictamen del proceso auditor, de una denuncia o de la aplicación de cualquiera de los sistemas de control, se determine que están dados los elementos para proferir auto de apertura e imputación”(Ley 1474 de 2011, julio 12), de esta manera se crea el denominado proceso verbal de responsabilidad fiscal que se somete a la normatividad general del proceso ordinario de que trata la ley 610 del 2000 y en especial su normatividad propia regulada en la ley 1474, que en todo caso lo que busca es llegar a un fallo de responsabilidad de una forma más ágil, como mecanismo de fortalecimiento a la investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.

Tabla 3. Cuadro comparativo procesos de Responsabilidad fiscal

	Proceso ordinario de responsabilidad fiscal.	Proceso verbal de responsabilidad fiscal.
Marco normativo.	Ley 610 del 2000	Ley 1474 de 2011
Motivos de aplicación.	Por regla general cuando se advierta por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado, pero sin embargo no están dados los elementos para proferir auto de apertura e imputación.	Cuando del análisis del dictamen del proceso auditor, de una denuncia o de la aplicación de cualquiera de los sistemas de control, se determine que están dados los elementos para proferir auto de apertura e imputación.
Etapas procesales.	Auto de apertura a indagación preliminar. Versión libre y espontánea. Decreto de pruebas Auto de imputación o archivo. Traslado / descargos. Decreto y practica de pruebas. Fallo.	Auto de imputación. Audiencia de descargos. Audiencia de decisión. Notificación de la decisión.

	Proceso ordinario de responsabilidad fiscal.	de Proceso verbal de responsabilidad fiscal.
Procedencia de medidas cautelares	Proceden medidas cautelares.	Proceden medidas cautelares.
Instancias.	Única instancia cuando la cuantía del presunto daño patrimonial estimado en el auto de apertura o imputación de responsabilidad fiscal, según el caso, sea igual o inferior a la menor cuantía para contratación de la respectiva entidad afectada con los hechos y será de doble instancia cuando supere la suma señalada.	Única instancia cuando la cuantía del presunto daño patrimonial estimado en el auto de imputación de responsabilidad fiscal, según el caso, sea igual o inferior a la menor cuantía para contratación de la respectiva entidad afectada con los hechos y será de doble instancia cuando supere la suma señalada.
Cesación de la acción fiscal.	se acredite el pago del valor del detrimento patrimonial o cuando se haya hecho el reintegro de los bienes objeto de la pérdida investigada o imputada	se acredite el pago del valor del detrimento patrimonial o cuando se haya hecho el reintegro de los bienes objeto de la pérdida investigada o imputada

Nota: La figura muestra una comparación conceptual entre los procedimientos administrativos de responsabilidad fiscal, dispuestos en la ley 610 del 2000 y 1474 de 2011.

Para poder llegar a un eventual fallo con responsabilidad fiscal el operador jurídico debe demostrar la concurrencia de los siguientes elementos propios de la Responsabilidad Fiscal: I) Una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal o de quien participe, concurra, incida o contribuya directa o indirectamente en la producción del daño patrimonial al Estado. II) un daño patrimonial al Estado y III) un nexo causal entre los dos elementos anteriores.

Ahora bien, frente a la existencia de daño patrimonial, al tenor del artículo 6 de la ley 610 se entiende como:

la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales

del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de los órganos de control fiscal. Dicho daño podrá ocasionarse como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de quienes realizan gestión fiscal o de servidores públicos o particulares que participen, concurren, incidan o contribuyan directa o indirectamente en la producción del mismo (Decreto 403, 2020)

Conocido así, el referente histórico del proceso de responsabilidad fiscal en Colombia, la naturaleza del proceso, la principalística del mismo y los elementos de la responsabilidad fiscal, consideramos imperiosa la necesidad de enfatizar en el que sería el principio más relevante en las actuaciones administrativas adelantadas por el órgano de Control Fiscal, el derecho fundamental al debido proceso, del cual gozan todos los sujetos investigados.

El debido proceso como derecho fundamental encuentra su sustento en el artículo 29 constitucional y como primer elemento cabe resaltar su aplicación no solo en los procesos judiciales, sino también para todas las actuaciones administrativas, como establece la Corte Constitucional:

“El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales o administrativas”. La jurisprudencia de esta Corporación ha precisado que la extensión del debido proceso a las actuaciones administrativas tiene por objeto garantizar la correcta producción de los actos administrativos, y extiende su cobertura al ejercicio de la administración pública, en la realización de sus objetivos y fines estatales.” (*Sentencia C-341, 2014*)

En este orden de ideas el debido proceso es definido como “el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa” (*Sentencia C-341, 2014*), garantías en las cuales se encuentra la publicidad de las actuaciones administrativas, reconocida jurisprudencialmente por

la Corte Constitucional como parte del núcleo esencial irreductible del derecho fundamental al debido proceso.

Por su parte la ley 610 del 2000 reconoce a los sujetos investigados el derecho de reserva durante la indagación preliminar y el proceso de responsabilidad fiscal, hasta su culminación; no obstante, la Corte Constitucional Colombiana en sentencia C-477 de 2001, asume el conocimiento de una demanda de inconstitucionalidad presentada por el ciudadano Antonio Barrero y se da a la tarea de examinar los cargos en contra del artículo 20 de la Ley 610 del 2000, sobre reserva en las actuaciones adelantadas en el proceso de responsabilidad fiscal. Es así que la Corte Constitucional se plantea el problema jurídico acerca de la presunta violación de los principios constitucionales de publicidad de las actuaciones administrativas y de participación ciudadana en el control de la función pública con la reserva en el proceso de responsabilidad fiscal o si se trata de una excepción constitucionalmente válida justificada en la necesidad de preservar la eficacia de la actuación de las autoridades que adelantan el proceso y la presunción de inocencia de las personas imputadas dentro del mismo. (*Sentencia C-477, 2001*)

En tal sentido la Corte Constitucional citando la Sentencia C-038 de 1996 considera:

Se comprende que las investigaciones preliminares, se sujeten a reserva. Sin existir un grado razonable de certeza sobre la comisión y autoría de la falta, la publicidad, puede afectar su desarrollo y anticipar sin justa causa imputaciones personales. Inclusive, hasta que se reciban los descargos por parte de las personas inculpadas y se practiquen las pruebas a que haya lugar, podría fundamentarse la reserva en los aludidos principios de la eficiencia y de la presunción de inocencia. Sin embargo, a partir de este punto, mantener el secreto, se estima excesivo desde el punto de vista del necesario y legítimo derecho ciudadano al control del ejercicio del poder público. Si bien no se ha impuesto una sanción, se tiene ya un completo conocimiento de los hechos, funcionarios

involucrados, cargos elevados y defensas interpuestas. Si en este momento, se levanta la reserva, no hay riesgo de que la información pueda no ser imparcial, objetiva y plural.

En consecuencia, la Corte Constitucional resuelve declarar exequible el artículo 20 de la Ley 610 de 2000, bajo el entendido que la reserva a que se refiere deberá levantarse tan pronto se practiquen efectivamente las pruebas a que haya lugar y, en todo caso, una vez expire el término general fijado por la ley para su práctica, en dichos términos modifica el precitado artículo el Decreto 403 de 2020 “Por el cual se dictan normas para la correcta implementación del Acto Legislativo 04 de 2019 y el fortalecimiento del control fiscal.”

En este punto, es importante analizar el alcance de la garantía de publicidad inmersa en el derecho fundamental al debido proceso, en el entendido que la publicidad no solo busca lograr el conocimiento de la actuación administrativa por parte de los sujetos investigados sino incluso de terceras personas que se encuentran en el legítimo derecho de realizar control al ejercicio del poder público, no obstante, se plantea el interés de sujetos que en análogas condiciones se encuentran en curso de un proceso de responsabilidad fiscal y que buscan conocer el razonamiento de la autoridad administrativa, en este caso el ente de control fiscal, frente a situaciones jurídicas en concreto.

No obstante, existe la controversia sobre la publicidad de las actuaciones administrativas en curso de un proceso de responsabilidad fiscal en cuanto al tratarse de actos administrativos de carácter particular y concreto, por su eminente vocación a producir efectos jurídicos a sujetos de manera precisa y determinada, tales como crear, modificar, extinguir o afectar una situación jurídica personal, individual o subjetiva, en este caso de los sujetos investigados en un proceso de responsabilidad fiscal, deben estos actos ser notificados, mas no publicados, es así que los terceros interesados encuentran una barrera para acceder a los mismos mediante ejercicios de transparencia

activa, toda vez que dichos actos administrativos no pasan por un verdadero proceso de publicidad que satisfaga el interés general.

En este estado de las cosas, se puede evidenciar el roce entre el mandato procesal de notificación de los actos administrativos expedidos en el marco de un proceso de responsabilidad fiscal y el derecho de las terceras personas a conocer tales actuaciones.

Es así como la propia Contraloría General de la República en Concepto OJ-119-2020 señala:

De otra parte, el artículo 13 Constitucional consagra el derecho a la igualdad decantado en reiterada jurisprudencia al señalar que se trata de una igualdad material y no formal, lo cual supone dar un trato igual entre iguales por lo que puede ser alegado de tener lugar un trato diferenciado e injustificado. Señala la norma que el Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

En consonancia con la norma en cita, se encuentra el artículo 3 del CPACA, al disponer que todas las autoridades deben interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales. Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a principios como la igualdad en virtud del cual las autoridades deben dar el mismo trato y protección a las personas e instituciones que intervengan en las actuaciones bajo su conocimiento. A su vez, el artículo 209 Constitucional, señala que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento, entre otros, en el principio de igualdad. (Ruiz Rodríguez, 2020)

Es así como la garantía de publicidad en virtud del derecho fundamental al debido proceso en el cual se erige el proceso de responsabilidad fiscal, no se limita a un compendio normativo que autorice dicha publicidad, puesto que la misma constituye piedra angular de otros derechos fundamentales como el derecho fundamental a la igualdad, que como lo hace ver la Contraloría General de la República debe ser igualmente aplicado en las actuaciones administrativas.

El derecho fundamental a la igualdad del cual gozan los sujetos investigados trasciende de ser un mecanismo garante de los derechos fundamentales de quienes se encuentren incurso en un proceso de responsabilidad fiscal, a fungir como mecanismo de control a la corrupción en las actuaciones administrativas, es así como el mismo constituyente Nieto Roa, resalta en la exposición de motivos de la regulación al control fiscal en Colombia:

No hay una fuente mayor de inmoralidad que la corrupción de quienes deben controlar. Por eso la frase bíblica tan sabia: "Si la sal se corrompe, ¿con qué será salada? No sirve más que para ser echada fuera y hollada por los hombres".

Por lo expuesto, es evidente la necesidad de revisar y modificar estructuralmente el sistema que en materia de control fiscal señala nuestra Constitución Política vigente, para darle al controlador una total independencia, de modo que pueda actuar con la rigidez y solvencia moral e intelectual que su labor exige, pero sujeto también a una vigilancia efectiva por alguien que no es ni quien lo nombra ni dependiente moral o políticamente de quién lo protege o apadrina. (Nieto Roa, s. f.)

Son entonces los sujetos investigados en un proceso de responsabilidad fiscal los primeros llamados a vigilar la efectiva labor de los entes de control fiscal, máxime cuando en ellos puede existir la misma arbitrariedad a la cual se encuentran expuestos los operadores judiciales. Sin ahondar en vaguedades, ni entrar en afirmaciones como la expuesta por Alejandro Nieto al afirmar

que “La corrupción acompaña al poder como la sombra al cuerpo” (Nieto García, s. f.), si es claro que una actuación administrativa sin vigilancia y control puede dar espacio a casos de corrupción.

Sin pretender profundizar entonces, sobre el fenómeno de la corrupción en el país, es claro que la arbitrariedad en el ejercicio del control fiscal rompe las relaciones de objetividad e imparcialidad, toda vez que el operador jurídico tiene la carga de prevenir la actuación arbitraria, así como cualquier tipo de trato preferente, no debidamente argumentado y justificado. Así las cosas, en la motivación del acto administrativo, el operador jurídico debe apartarse de toda consideración personal. De ahí que se pueda concluir que el acto administrativo por el cual se resuelve la responsabilidad fiscal de un sujeto investigado responde a criterios uniformes en la adopción de las diferentes decisiones, en el marco de la gestión equitativa, racional y justa (Doria Arrieta, 2019).

En este orden de ideas y al tenor de la Corte Constitucional Colombiana, “un elemento del debido proceso es la motivación de las decisiones adoptadas por las autoridades públicas, como presupuesto para la erradicación de la arbitrariedad, y para el ejercicio del derecho de defensa.”(*Sentencia C-178*, 2014)

Es así, que, el legislador ha dimensionado la importancia del control jurídico de las actuaciones realizadas por la administración y mediante la expedición de la ley 2080 de 2021, en su artículo 23, crea el Control automático e integral de legalidad de fallos con responsabilidad fiscal, que no solo debe propender por revestir el fallo de jurisdiccionalidad, en el marco del controversial caso *Petro Urrego Vs. Colombia*, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, si no también debe busca combatir la mencionada arbitrariedad que podría llegar a existir en fallos de responsabilidad fiscal, no obstante, esto se dificulta al solo conocer la jurisdicción, de los fallos con responsabilidad fiscal, motivo por el cual deben los sujetos

investigados acudir a mecanismos de transparencia pasiva para garantizar fallos equitativos, racionales y justos.

Un ejemplo de esto lo encontramos en la Contraloría General de Medellín, en la cual un sujeto investigado en el marco de un proceso de responsabilidad fiscal eleva en el año 2020, escrito, en virtud de su derecho fundamental de petición, solicitando se aclarara la posición jurídica institucional respecto al conteo del término de caducidad, puesto que había notado, en el interior de la institución tres tesis distintas frente al tema, a lo cual el ente de control fiscal respondió:

En este escenario, es posible concluir que ambas instituciones jurídicas, esto es, la correspondiente a las sentencias de unificación precedente judicial y a la de precedente administrativo, aunque ostentan la misma finalidad, cual es garantizar la seguridad jurídica y el acatamiento al principio de igualdad, es claro que son admisibles en la medida de que se trate de hechos idénticos.

Es de advertir que, de acuerdo a las normas, las autoridades administrativas se encuentran obligadas a acatar el precedente judicial y aquel que la doctrina ha denominado administrativo, en los términos allí prescritos, esto es, siempre y cuando se traten de supuestos fácticos iguales.

Con estas precisiones se quiere significar que siempre será necesario cotejar los supuestos facticos de un proceso de responsabilidad fiscal respecto de otro, para poder llegar a concluir que se le hace aplicable su consideración jurídica si se tratare de hechos idénticos. (Morales Sánchez, 2020)

De esta manera la Contraloría General de Medellín, reconoce el derecho del investigado a un trato igualitario y justo por parte del operador jurídico, de tal suerte que, una vez probada la relación fáctica entre su proceso y el análogo, se apliquen los mismos criterios de interpretación.

No obstante, y tomando el ejemplo anterior en el cual existían tres interpretaciones distintas ante una misma circunstancia fáctica, el Honorable Consejero Alberto Yepes Barreiro, en su salvamento de voto, dentro del expediente 11001-03-28-000-2018-00031-00 (SU) del cual conoció el Consejo de Estado en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; desarrolló la tesis del precedente pacífico, estable y claro, el cual básicamente consiste en la creación de un único precedente a tener en cuenta, puesto que al existir múltiples líneas interpretativas, perdería el sentido el derecho de precedentes, en la medida que se están admitiendo múltiples interpretaciones a casos análogos; es así que es responsabilidad del operador jurídico la unificación de criterios para la creación de una jurisprudencia anunciada o como se denomina en el derecho anglosajón *prospective overruling*, concepto que fue primeramente abordado por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América en el fallo *Great Northern Railway v. Sunburst Oil and Refining Co*, en el que se debatió si los cambios del precedente rigen hacia el futuro o por el contrario tienen carácter retroactivo, debate el cual sigue abierto, con múltiples tesis a favor y en contra (11001-03-28-000-2018-00031-00(SU), 2019); lo que si es cierto es que independiente del carácter temporal de la unificación del precedente, el mismo es fundamental para su aplicación, creando así el llamado precedente estable, pacífico y claro, que tiene la vocación de satisfacer plenamente el derecho a la igualdad y múltiples garantías procesales de los sujetos investigados en el marco de un proceso de responsabilidad fiscal, puesto que, como lo manifestó Gómez Lee (2016), el proceso de responsabilidad fiscal puede llegar a alterar marcos mínimos de seguridad jurídica afectando principios como la confianza legítima o incluso la propia dignidad humana de las personas. “Ello en el marco de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, escindida en dos tendencias contrapuestas: *pro homine* y *pro efectividad de las instituciones*” (Gómez Lee, 2016), esto quiere decir, una tendencia humanista que reconoce al sujeto de derecho como receptor de la

norma jurídica en sentido amplio y una tendencia institucional que reconoce el papel del Estado en el proceso integrador para la generación de precedentes pacíficos, estables y claros.

9. Desarrollo de la teoría del precedente administrativo en Colombia y su desarrollo en el proceso de responsabilidad fiscal

El precedente administrativo es una figura jurídica relativamente novedosa dentro del derecho administrativo colombiano. Este ha sido definido como una conducta previa que emana de la administración, la cual tiene contenido anterior y resuelve un caso similar a otro, actual y por el cual tiene efectos a futuro, momento en el que se establece que se actúa como se hizo antes o incluso como se ha hecho siempre (Rotondo Tornaría, 2015). Además, para su configuración no requiere que la conducta sea reiterada, tal como lo manifiesta Rodolfo Carlos Barra, en su libro “Tratado de derecho administrativo”:

No es necesaria la existencia de una cantidad plural de decisiones previas para establecer un precedente. Basta con una sola decisión, aun contradictoria de otras anteriores, ya que para el administrado que lo invoca lo que le interesa es la última decisión de la administración, previa a su caso. Naturalmente, la existencia de una cantidad de precedentes en el tiempo le brindará al interesado una mayor fuerza argumental, pero de ninguna manera puede exigirse tal continuidad para ampararse en el precedente. (Barra, 2002)

Dicho esto, solo basta con una decisión proveniente de la administración para establecer un precedente administrativo, toda vez que las autoridades administrativas generan con sus fallos líneas interpretativas, vinculantes, que pretenden representar de manera equivalente la connotación del precedente en la rama judicial del poder público. Es así, que:

Un caso o asunto administrativo al ser resuelto por la autoridad administrativa correspondiente, y que coincida en sus razones fácticas con otro ya resuelto por el mismo reparto o dependencia administrativa, le sea aplicada la misma concepción jurídica y solución en derecho, *-ratio decidendi-* no por la vía de la costumbre o de prácticas históricas de la administración, sino, por el contrario, por la exposición de sólidos y razonables argumentos jurídicos que hacen vivencial el sistema jurídico garantizando plenamente la igualdad, legalidad, seguridad jurídica y el debido proceso. (Santofimio Gamboa, 2010).

Ahora bien, la estructura de la figura del precedente administrativo contiene como antecedente histórico la doctrina del precedente judicial, mismo que es considerado como herramienta legítima y efectiva en los ordenamientos jurídicos anglosajones; particularmente en países como Inglaterra y Estados Unidos. Allí, los jueces al impartir decisiones de casos específicos crean a su vez directrices normativas que establecen un precedente. Por lo tanto, dentro de este sistema el juez tiene una inclinación inherente a seguir las reglas de interpretación y aplicación normativa establecidas por sus homólogos en casos anteriores, recopilados mediante el mecanismo de jurisprudencia, siempre y cuando exista una estrecha relación de afinidad en los elementos fácticos y jurídicos de cada caso.

Es imprescindible entonces, poder distinguir de manera concreta los conceptos de precedente y jurisprudencia, para entender con claridad el origen del precedente administrativo. Siendo estos notoriamente distintos; toda vez que, el precedente por regla general hace referencia a un fallo individual proveniente de un caso específico, cosa que no ocurre con la jurisprudencia, toda vez que, al referirse a ella, se habla de numerosas decisiones referentes a un determinado asunto.

Es así como estos vocablos contienen una diferencia cualitativa, esto quiere decir que mientras la jurisprudencia requiere de una cantidad plural de decisiones, basta con una sola decisión para hablar de precedentes; pues el precedente provisiona una regla que puede ser universalizada, debido a que puede ser aplicada como criterio de decisión en un caso posterior (Taruffo, 2010).

Lo anterior, en cuanto, al encontrarse identidad fáctica y jurídica dentro de los acontecimientos del primer caso y su sucesivo, el operador judicial tiene la facultad de tomar la decisión de aplicar o no el precedente, ello en criterios de homogeneidad o heterogeneidad. Es así, que el juez en casos futuros puede emplear la *ratio decidendi* originaria de la primera decisión.

Ahora bien, al hablar de jurisprudencia, esta, presupone una gran diferencia semántica, en cuanto, no es un requisito el análisis comparativo de los hechos y emana de las altas Cortes del país, siendo su característica más importante,

Que se trata de enunciaciones que se concretan en pocas frases que tiene por objeto reglas jurídicas. Estas reglas tienen generalmente un contenido más específico respecto del 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. No en vano las recolecciones de jurisprudencia se asemejan a codificaciones más detalladas de aquellas que presentan los códigos verdaderos y propios, pero continúan siendo una recolección de normas (Taruffo, 2010).

Entonces, de manera concisa la jurisprudencia termina siendo la aglomeración de decisiones provenientes de las altas cortes del país.

Teniendo clara la disparidad entre jurisprudencia y precedente, es relevante entonces hablar del precedente administrativo en el mundo. Este por lo general se realiza en conjunto con

la costumbre y la práctica administrativa, pues si bien la costumbre se cataloga como un comportamiento homogéneo y constante proveniente de la sociedad, en donde existe la convicción que tal conducta es jurídicamente obligatoria (Garrido Falla, 2005). Ello, debido a que contiene un elemento objetivo *usus in veretatus* y uno subjetivo, *opinio juris necessitatis*. Consecuentemente, por esta razón es común “que el lugar de la costumbre lo ocupen en derecho administrativo las llamadas prácticas administrativas” (Garrido Falla, 2005). Sin embargo, la diferencia entre el precedente administrativo y la costumbre radica específicamente en su génesis, pues el primero de ellos proviene de la administración, no de la sociedad, además, no es requisito que la conducta sea repetitiva, cosa que si ocurre con el segundo.

Por tanto, la práctica administrativa es una reiteración de precedentes administrativos, pues ella supone una reiteración en la aplicación de un determinado criterio en varios casos anteriores, mientras que el precedente puede ser simplemente la forma en que se resolvió con anterioridad un único asunto, análogo a otro pendiente de resolución (Parada Vázquez, 1997).

Es así, que en Colombia la génesis del Precedente administrativo ocurre en primer lugar mediante el reconocimiento por vía jurisprudencial y posteriormente con la expedición de la ley 1437 de 2011. Sin embargo, para llegar a esto, la jurisprudencia y normatividad nacional tuvo en primera medida que recorrer un trayecto en cuanto al precedente judicial. Figura que esboza en el país desde el siglo XIX empezando con la constitución de Rionegro de 1863, año en que el país se conformaba como Estado Unitario y le otorgaba escaso valor al precedente judicial. No obstante, con el nacimiento de la constitución de 1886, se expiden leyes como la 153 de 1887, mediante la cual se crea la figura de doctrina legal más probable, estableciendo un hito en el tema de decisiones judiciales. Con esta figura, se pretendía proteger el principio de seguridad jurídica mediante la hipótesis que, al existir duda alguna en la toma de una decisión, inmediatamente se aplicaría “la

doctrina legal más probable” y esta se configuraba con tres decisiones o más de la Corte Suprema de Justicia referentes a un mismo tema de derecho.

Es así como con la Constitución de 1991, y la instauración de la Corte Constitucional la figura del precedente administrativo empieza a exhibirse gradualmente dentro del ordenamiento jurídico colombiano. Ello construyendo en primer lugar por vía jurisprudencial “un marco argumentativo en el que se consideraba que los precedentes judiciales no eran solamente criterios auxiliares, sino una verdadera fuente de Derecho” (Blanco, 2013). Así lo manifestó la Corte Constitucional en la sentencia C-836 de 2000, en la cual el máximo órgano constitucional adjudica relevancia a la jurisprudencia. Gracias a ello, el precedente judicial pasa a establecerse como una válida fuente de Derecho dentro del ordenamiento jurídico nacional y no como un factor complementario.

No debe olvidarse que el artículo 230 de la Constitución Política colombiana, le concede a la jurisprudencia de forma expresa el calificativo de criterio auxiliar de la actividad judicial; sin embargo, desde ya hace años esta concepción se ha alterado totalmente, al grado que hoy se acepta sin mayor problema que la jurisprudencia constituye una real fuente vinculante de Derecho. (Bernal Pulido, 2008).

Gracias al marco argumentativo que se instauró para los precedentes judiciales con la intervención de la Corte Constitucional, el precedente administrativo adquiere relevancia en el ordenamiento jurídico colombiano. De modo que esta misma corporación mediante sentencia C-836 de 2001 expone la importancia de la doctrina más probable. Posteriormente, con la sentencia C-537 de 2010 se otorga carácter vinculante de manera formal a la figura del precedente judicial y se realiza un recorrido con relación a la figura de la doctrina más probable. Ello, con el fin de estructurar la configuración de la Doctrina probable en sede Administrativa.

Así lo expone la sentencia C-537 de 2010, Magistrado ponente Juan Carlos Henao Pérez, al afirmar.

La doctrina probable puede ser definida como una técnica de vinculación al precedente después de presentarse una serie de decisiones constantes sobre el mismo punto. Esta técnica tiene antecedentes en el derecho romano en lo que se llamaba la *perpetuo similiter judicatarum*. En Colombia, como se indica en la Sentencia C- 836 de 2001. La figura tuvo origen en la doctrina legal más probable, consagrada en el artículo 10° de la Ley 153 de 1887. Posteriormente en la Ley 105 de 1890 se especificó aún más los casos en que resultaba obligatorio para los jueces seguir la interpretación hecha por la Corte Suprema y cambió el nombre de doctrina legal más probable a doctrina legal. Finalmente, en el artículo 4° de la Ley 169 de 1896 estableció el artículo vigente de la doctrina probable para la Corte Suprema de Justicia. (*Sentencia C-537, 2010*)

Es así que la Corte consideró la doctrina probable del artículo 24 de la Ley 1340 de 2009, como una posibilidad para la creación de la misma en sede administrativa, en cuanto se ejerce la facultad de supervisión, vigilancia y control en las investigaciones y resoluciones de la Superintendencia de industria y Comercio en materia de protección de la libre competencia y la vigilancia administrativa de la competencia desleal. (*Sentencia C-537, 2010*)

De esta manera, el concepto de precedente administrativo toma fuerza en la legislación nacional colombiana, entendiéndose como la concepción mediante la cual se da la oportunidad a entidades administrativas y no solo judiciales de adoptar decisiones iguales ante similitud de elementos fácticos y jurídicos.

En efecto, a través de leyes como la 1340 de 2009, mediante la cual se buscó la protección de la competencia y consumo en la Superintendencia de Industria y Comercio; la Ley 1395 de 2010, artículo 4, mismo que modificó los artículos 29 ,114 y 115 del Código de Procedimiento

Civil, los cuales regulaban el uso del precedente judicial, y con esta reforma se estableció el mismo como una institución legal y no de orden jurisprudencial. No obstante, el artículo 4 fue derogado con el artículo 626, literal C de la Ley 1564 de 2012, misma que establecía:

A solicitud del Magistrado sustanciador, la sala plena especializada podrá decidir los recursos de apelación interpuestos contra autos o sentencias, cuando se trate de asuntos de trascendencia nacional, o se requiera unificar la jurisprudencia o establecer un precedente judicial (Ley 1564 de 2012, s. f.)

Bajo esta misma hipótesis, el artículo 114, fue derogado por el artículo 309 de la Ley 1437 de 2011, la cual exponía que:

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. (Ley 1395 de 2010)

Finalmente, con la expedición de los Códigos de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011) y General del Proceso (Ley 1564 de 2012) se sigue otorgando importancia y solidez al a la figura del precedente administrativo. Ello, haciendo énfasis específicamente en el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011, mediante la cual se regula el deber de aplicación homogénea de las normas legales y jurisprudenciales.

A ello, el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011, reza:

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. (Ley 1437 de 2011)

Por lo anterior, se evidencia que con la expedición del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo se extiende la posibilidad de la aplicación del precedente dentro de dos vertientes; como precedente administrativo y otra como precedente judicial. No obstante, el relevante en la presente investigación es el primero de ellos. Es así que, frente al precedente administrativo, nace la posibilidad que ostenta cualquier ciudadano a través de la aplicación del artículo 10 de dicha Ley, de exhortar a las autoridades administrativas que su caso sea resuelto de manera análoga a otro que haya evidenciado situaciones fácticas y jurídicas semejantes y apartándose únicamente de dicha norma jurídica, cuando se esté frente a casos especiales.

Lo anterior debido a que en materia del precedente administrativo el artículo 10 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo es norma de carácter general, pero al referirse a casos especiales, son todos aquellos que no se encuentran cobijados bajo esta ley, sino por el contrario, contienen norma especial para cada uno de ellos. Ejemplo de lo expresado es la doctrina probable, misma, que debe aplicar la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de protección de la competencia. Así lo señala el artículo 24 de la Ley 1340 de 2009, al establecer que, “La Superintendencia de Industria y Comercio deberá compilar y actualizar periódicamente las decisiones ejecutoriadas que se adopten en las actuaciones de

protección de la competencia. Tres decisiones ejecutoriadas uniformes frente al mismo asunto constituyen doctrina probable" (*Ley 1340 de 2009*, julio 24).

Como consecuencia, se puede evidenciar que la norma citada prevé el requisito de tres decisiones ejecutoriadas uniformes de manera que se pueda constituir doctrina probable o precedente administrativo, mientras que por su lado el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011, como norma general no impone como condición, contar con un número específico de decisiones administrativas para constituir un precedente. Por esta razón, la administración se ve obligada a actuar de manera análoga únicamente frente a situaciones que contienen igualdad tanto en los supuestos fácticos como jurídicos.

Es así, que el Consejo de Estado, sala de lo contencioso Administrativo, sección tercera, subsección C, mediante fallo con radicado 05001-23-31-000-1996-00036-01, del 12 de junio de 2014, Magistrado Ponente, Enrique Gil Botero, manifiesta que “El precedente administrativo es una institución que contiene gran vigor y vinculatoriedad potencial, lo que facilita admitir esta construcción jurídica”. (1996-00036-01, 2014)

Ahora bien, con la institución del precedente administrativo es importante garantizar a los sujetos investigados dentro del proceso de responsabilidad fiscal el cumplimiento de principios de transparencia y publicidad de la actuación administrativa, con el fin de salvaguardar los derechos a la igualdad, seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima. Así lo expone García de Enterría y Fernández, al expresar que el precedente administrativo dispone de valor vinculante para la administración, puesto que apartarse de él dentro de un caso en concreto conllevaría a “un trato discriminatorio, de una falta de buena fe y de una actitud arbitraria” (García de Enterría & Fernández, 2020). transgrediendo principios de igualdad ante la ley (Asamblea Nacional

Constituyente, 1991) y de la buena fe, no solo en la protección de confianza ante el tercero, sino también en la “interdicción de la arbitrariedad propia.” (García de Enterría & Fernández, 2020).

Para entender la perspectiva del deber de transparencia y publicidad, en primera medida se debe hacer alusión al significado nato de transparencia en el ámbito público y así pasar a delimitar el concepto de manera concreta y relacionar su conexidad con el principio de publicidad por parte de la administración, es así como la ley 1712 de 2014 define el principio de transparencia como aquel:

Conforme al cual toda la información en poder de los sujetos obligados definidos en esta ley se presume pública, en consecuencia, de lo cual dichos sujetos están en el deber de proporcionar y facilitar el acceso a la misma en los términos más amplios posibles(*Ley 1712, 2014*)

Es así que el principio de transparencia representa de manera directa a un Estado Social y democrático de Derecho. Que, si bien es de carácter constitucional, no se encuentra en el interior de la Carta Magna de 1991 con una estructura positiva, sino que, por el contrario, emana de otros apartados constitucionales, tales como el principio de publicidad y al debido proceso.

Así lo menciona la Corte Constitucional, en la sentencia C-341 de 2014, Magistrado Ponente Mauricio González Cuervo;

Una de las garantías del derecho fundamental al debido proceso es el principio de publicidad, en virtud del cual, se impone a las autoridades judiciales y administrativas, el deber de hacer conocer a los administrados y a la comunidad en general, los actos que aquellas profieran en ejercicio de sus funciones y que conduzcan a la creación, modificación o extinción de un derecho o a la imposición de una obligación, sanción o multa. (*Sentencia C-341, 2014*)

Siendo así, que en el artículo 209 de la Constitución Política de Colombia se encuentra consagrado el principio de “publicidad” en el cual se señala que la “función administrativa está al

servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento de los principios” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991) entre los cuales se encuentra el de publicidad. Es por ello, que el máximo órgano constitucional desarrolla su dimensión en dos escenarios.

El primero, en relación con el derecho que poseen los sujetos directamente involucrados en lo relativo con el conocimiento de las actuaciones judiciales y administrativas, el cual se hace efectivo a través de los mecanismos de comunicación y, en segundo lugar, en lo respectivo con la legitimación del derecho que detentan los ciudadanos de conocer las actuaciones de las autoridades públicas, y que mediante ese conocimiento se pueda compeler a ellas a que se surtan conforme a la ley.

En efecto, la Corte Constitucional en sentencia C-096 de 2001, manifiesta que un acto de la administración es público cuando ha sido conocido por quien tiene derecho a oponerse a él y restringir el derecho de defensa, sin justificación, resulta violatorio del artículo 29 de la Constitución Política (*Sentencia C-096, 2001*)

Ello quiere decir, que el principio de publicidad de las decisiones administrativas forma parte del derecho fundamental al debido proceso, debido a que todas las personas poseen el derecho a ser informados de la existencia de procesos o actuaciones que modifican, crean o extinguen sus derechos y obligaciones jurídicas. Ergo, únicamente conociendo las decisiones administrativas se abre el camino al ejercicio correcto del derecho de defensa de los sujetos investigados. Además, ello incluye garantías esenciales para el ser humano, como la oportunidad de controvertir y allegar pruebas en su defensa, la garantía al derecho a la igualdad y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

Es así, que al no hacerse efectiva la publicidad de las decisiones administrativas, específicamente, los fallos de responsabilidad fiscal emitidos por las Contralorías en Colombia,

no se puede garantizar a los sujetos investigados el reconocimiento del derecho fundamental del debido proceso, mismo que la Corte Constitucional a la luz de la Sentencia C-640 de 2002 y con reiteración en el 2015 con la sentencia C-083 ha extendido las garantías de este derecho fundamental dentro del ámbito administrativo a lo cual menciona;

Entre el proceso judicial y el administrativo existen diferencias importantes que se derivan de la distinta finalidad que persigue cada uno. Mientras el primero busca la resolución de conflictos de orden jurídico, o la defensa de la supremacía constitucional o del principio de legalidad, el segundo tiene por objeto el cumplimiento de la función administrativa en beneficio del interés general. Esta dualidad de fines hace que el procedimiento administrativo sea, en general, más ágil, rápido y flexible que el judicial, habida cuenta de la necesaria intervención de la Administración en diversas esferas de la vida social que requieren de una eficaz y oportuna prestación de la función pública. No obstante, paralelamente a esta finalidad particular que persigue cada uno de los procedimientos, ambos deben estructurarse como un sistema de garantías de los derechos de los administrados, particularmente de las garantías que conforman el debido proceso. (C-640-02 Corte Constitucional de Colombia)

A ello la Corte mediante la sentencia C-083 de 2015 ha establecido una diferencia entre las garantías previas y posteriores que involucra el debido proceso en materia administrativa. Es así, que al hacer referencia a garantías mínimas previas se hace alusión al amparo mínimo que debe “cobijar la expedición y ejecución de cualquier acto o procedimiento administrativo” (*Sentencia C-083, 2015*) entre los cuales se encuentra “el acceso libre y en condiciones de igualdad a la justicia y el derecho de defensa.” (*Sentencia C-083, 2015*) y por otro lado, las garantías mínimas posteriores hace relevancia a la viabilidad de controvertir la validez de una decisión administrativa,

ello a través de los recursos que se encuentran en disposición de la vía gubernativa y la jurisdicción contencioso administrativa.

Al hablar entonces de la igualdad en la jurisdicción administrativa, hay que mencionar exactamente la igualdad de los sujetos investigados. Ante ellos, las contralorías se encargan de encentrar la acción fiscal ante los sujetos que sean funcionarios o particulares, que de alguna manera hayan generado, por acción u omisión un detrimento patrimonial a las arcas del Estado Colombiano. Estos sujetos esperan un fallo ya sea declarando la responsabilidad o no, sin embargo, para hacer efectivo el derecho de defensa es necesario garantizar el derecho a la igualdad, el cual se hace efectivo a través de la publicidad de los fallos de responsabilidad fiscal. Lo anterior, refiere que en dichos procesos se debe garantizar principios constitucionales en los que se encuentra, el debido proceso y el derecho a la igualdad. Es así, que la manera idónea de asegurar la correcta aplicación del principio de igualdad y así evitar la transgresión al Debido Proceso, es mediante la publicación de los fallos de responsabilidad fiscal. De esta manera Los sujetos que se encuentran dentro de un proceso de responsabilidad fiscal puede acceder a la igualdad ante ley con la aplicación del precedente administrativo.

Finalmente, es válido acotar que, en Colombia, ante la escasa discusión jurídica acerca del precedente administrativo, no existen requisitos taxativos para su aplicación. Desde el punto de vista del derecho comparado, países como España, han delimitado de manera concreta la aplicación de esta figura, tal como lo menciona (Mena Guerra, 2011) señalando los requisitos para su aplicación i) Inequívoca relación de identidad entre el caso objeto de litigio y el que se invoca a título de precedente, tanto objetiva como subjetivamente. ii) Debe tratarse de potestades discrecionales, mas no ante el ejercicio de potestades regladas. Esto implica que sea una decisión facultativa por parte del operador, no cuando exista mandato legal expreso acerca de la decisión,

de ser así, sería revisable ante la Rama Judicial. iii) Que el precedente no sea producto de un acto ilegal. iv) Que su aplicación no implique vulneración al interés público.

Esto da muestra de cómo puede llegar a tener una figura reglada taxativamente, siempre que se continúe con el desarrollo, no solo por vía doctrinal y jurisprudencial, sino lograr una legislación concreta con respecto al precedente administrativo en nuestro ordenamiento.

Por último, es de resaltar que, a pesar de la escasa legislación con respecto a esta figura, se pueden extraer gracias al desarrollo jurisprudencial y doctrinal, algunas causales por las cuales una autoridad administrativa podría negar la aplicación del precedente administrativo. Dentro de las cuales podemos resaltar i) Un cambio notorio de contexto, no solo socio-económico, sino también cambio en cuanto a que se busque su aplicación en materias disimiles. ii) Cambio de normatividad o jurisprudencia, esto haría inviable su aplicación pasando por encima de leyes vigentes o jurisprudencia. iii) Que no se pruebe la identidad objetiva entre los actos administrativos, lo cual desnaturalizaría por completo la figura, toda vez que su propósito es la unificación de decisiones en casos con igualdad fáctica y jurídica. iv) Inexistencia de identidad subjetiva, entre las autoridades administrativas que emitieron cada fallo. v) Que el fallo precedido se encuentre en el marco de la legalidad, puesto que no será admisible la extensión de un acto administrativo viciado de ilegalidad bien sea desde su creación o posterior.

10. Conclusiones

El precedente administrativo es aquel pronunciamiento previo por parte de una autoridad administrativa, en el cual manifiesta su voluntad o su razón del derecho para colegir, de tal manera que interpreta y aplica la norma jurídica; dicho acto se considera vinculante a la autoridad administrativa generadora del mismo, en la medida que existen supuestos facticos y jurídicos

similares entre el acto precedente y el acto al cual se pretende aplicar dicho razonamiento. En Colombia se presenta como una institución jurídica, con una vinculatoriedad dable, que permite efectivizar garantías fundamentales como la igualdad, seguridad jurídica, buena fe, transparencia y confianza legítima, de los administrados, es así, como en un sistema jurídico de derecho continental como el colombiano, se abre paso, para garantizar máximas constitucionales, que reflejan el espíritu del constituyente del 91 y del propio Estado social de derecho.

Por tal motivo, podemos afirmar que el precedente administrativo en Colombia brota del mismo sentido de la constitución de 1991, en la medida, que se erige como una herramienta que permite integrar múltiples principios de la carta magna. De esta manera, el precedente administrativo más allá de su referencia implícita en la parte primera del artículo 10 de la ley 1437 de 2011, el cual nos habla de la responsabilidad de las autoridades administrativas de aplicar de manera uniforme el ordenamiento jurídico, a situaciones que guarden una estrecha relación o mejor al tenor del legislador “los mismos supuestos facticos y jurídicos.” (*Ley 1437 de 2011*), encuentra su sustento en la misma Constitución de 1991.

Es importante resaltar que no es lo mismo el precedente administrativo y el precedente judicial aplicado en la administración pública, toda vez que se tiende a generar una confusión; la cual se soluciona con el entendimiento de una de las características propias de cada tipo de precedente, la cual recae en la autoridad que emite el acto precedido, siendo así las autoridades administrativas, quienes mediante actos administrativos, generan precedentes administrativos y las autoridades judiciales, quienes mediante autos y sentencias, generan precedentes judiciales, los cuales a su vez válidamente pueden aplicarse en la administración pública, toda vez que son interpretaciones legítimas del ordenamiento jurídico, es así que el artículo 10 de la ley 1437 de 2011 lo podemos dividir como anteriormente lo hicimos en dos, una primera parte que habilita la

práctica del precedente administrativo como mecanismo de aplicación uniforme del ordenamiento jurídico y una segunda al precedente judicial y su obligatoriedad de aplicación por parte de las autoridades públicas, que a su vez dota a los administrados del mecanismo de extensión de jurisprudencia en el artículo 102 de la precitada ley, aclarando que pasamos de hablar de precedente a jurisprudencia del latín *iuris prudentia* o *prudentia iuris*, que nos transporta a la órbita del derecho romano y la labor de interpretación de la legislación proveniente de los *decenviri*, que en el paralelo colombiano, hablaríamos de las altas cortes, en especial la Corte Constitucional como máximo órgano de cierre constitucional, pero que reconoce la competencia de sus homólogos, caso particular de estudio del artículo 10; la sentencia C-634 de 2011. Dicho esto, las llamadas autoridades administrativas son generadoras de precedentes administrativos, no judiciales, que no se pueden satisfacer mediante el mecanismo de extensión de jurisprudencia puesto que la administración no genera jurisprudencia, pues no existe la jurisprudencia administrativa, sino el precedente administrativo. (Díez Sastre, 2008)

De este modo el precedente administrativo encuentra su aplicación en el proceso de responsabilidad fiscal, 1) por su carácter eminentemente garantista, que previene la violación sistemática de derechos constitucionales de los sujetos investigados en un proceso de responsabilidad fiscal, 2) por su aplicación directa del mandato legal dispuesto en la parte primera del artículo 10 de la ley 1437 de 2011, frente a la aplicación uniforme de las normas en los mismos supuestos facticos y jurídicos y 3) por la experiencia análoga del artículo 24 de la ley 1340 de 2009, frente a la doctrina probable aplicada en la función administrativa y su respectivo pronunciamiento de constitucionalidad, mediante la Sentencia C-537 de 2010, expedida por la Honorable Corte Constitucional.

En este orden de ideas es claro que los Organismos de Control Fiscal como autoridades administrativas, deben ceñirse al imperio de la ley y proferir decisiones administrativas en el marco del principio de legalidad acorde a sus pronunciamientos anteriores; máxime, cuando al proferir fallos de responsabilidad fiscal inciden en el ámbito de los derechos subjetivos, interpretando y aplicando el ordenamiento jurídico, aplicación que debe obedecer a un contexto precedente que se nutre de disposiciones constitucionales, legales y jurisprudenciales, para garantizar entre otros los principios de igualdad y seguridad jurídica.

Una vez comprendido el concepto del precedente administrativo, su fundamento jurídico y su clara procedencia en el proceso de responsabilidad fiscal, es necesario entender que dicho procedimiento no se encuentra estrictamente reglado, por tal motivo, la aplicación o no del mismo, dependerá en gran medida del operador jurídico, por tal motivo, se debe iniciar con la sensibilización de las autoridades administrativas en el tema, que comprendan la dimensión constitucional y legal que legitima la aplicación de esta herramienta jurídica, labor que consideramos debe recaer en la academia, los órganos judiciales y administrativos de cierre y consulta y finalmente en los abogados litigantes que tienen a su cargo la responsabilidad de argumentar jurídicamente los motivos que darían lugar a la aplicación del precedente administrativo en cada caso particular.

De este modo y entendiendo que en el caso concreto de los procesos de responsabilidad fiscal al no estar obligadas las Contralorías a publicar dichos actos administrativos en un medio de amplia circulación como sería la página web, para acceso del público en general, al tratarse de actos administrativos de carácter particular y concreto, deben los sujetos investigados solicitar en virtud de su derecho fundamental de petición, reglamentado por la ley 1755 de 2015 a la autoridad administrativa, copia de los últimos fallos emitidos que guarden una relación fáctica y jurídica con

el caso puntual del sujeto investigado, de tal suerte que deberán los órganos de control fiscal generar internamente motores de búsqueda que les permita ir definiendo aquellos fallos que reiteran, actualizan o modifican el razonamiento del ente de control fiscal y que representarían el pensar del mismo.

De esta manera contarían los sujetos investigados con procesos más transparentes y justos, que les permita conocer previamente el pensar de la administración y que de cambiarse implicaría por parte del operador jurídico una carga argumentativa que logre evidenciar un cambio normativo, jurisprudencial, no paridad entre los casos, bien sea en sus elementos facticos o jurídicos, distintos contextos que implican el cambio interpretativo, todo esto atendiendo a razones objetivas más no subjetivas, que podrían generar fallos injustos de responsabilidad fiscal e incluso fallos sin responsabilidad fiscal que se apartan del normal razonamiento de la administración y que impedirían el resarcimiento del daño patrimonial al Estado.

Es así que todo cambio repentino de criterios, en casos similares, significaría la violación a principios constitucionales de igualdad y legalidad, generando incertidumbre en los administrados, bien sea sujetos investigados o ciudadanía en general, que no pueden conocer el razonar de la administración, siendo así una evidente contradicción al principio de seguridad jurídica (Mena Guerra 2011).

Dicho esto, es evidente que el precedente administrativo no solo se presenta como una herramienta fundamental para los sujetos investigados en un proceso de responsabilidad fiscal, sino incluso en un mecanismo de control social y veeduría ciudadana, en la medida que la población pueda detectar cuando un Organismo de Control Fiscal se aparta de sus razonamientos anteriores para presuntamente favorecer a sujetos en concreto y así generar un detrimento patrimonial al Estado, al no cumplir con el objeto del proceso mismo.

No obstante, nos permitimos recalcar que no existe en Colombia un mecanismo de extensión del precedente administrativo, como si existe el proceso de extensión de jurisprudencia en la administración pública, de tal manera que se sugiere continuar con el objeto de la investigación en la medida de poder determinar, con que mecanismo constitucional o legal pueden contar los administrados para asegurar el cumplimiento de su derecho a la aplicación uniforme del ordenamiento jurídico por parte de autoridades administrativas, en especial si procede la acción de tutela, en el evento que la administración se niegue a remitir copia de sus razonamientos anteriores o cuando la administración reconociendo la existencia de un precedente se niegue a su extensión, sin apartarse fehacientemente de dicho razonamiento o incluso la procedencia de la revocatoria directa del acto administrativo por violación del precedente.

Frente a lo anteriormente expuesto es importante reconocer el avance que representa en la materia del precedente administrativo, especialmente el que nos atañe en esta investigación, aplicado en el proceso de responsabilidad fiscal, la ley 2080 de 2021 por medio de la cual se reforma el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en la medida que dispone en su artículo 23, del mecanismo de control automático e integral de legalidad de fallos de responsabilidad fiscal, por parte de la jurisdicción contenciosa administrativa, permitiendo así consolidarse ante la jurisdicción líneas interpretativas trazadas por los entes de control fiscal, nutriéndose de la experiencia en materia de precedentes con la que hoy en día cuentan los jueces de la República, quienes ya han pasado por este proceso de integración proveniente del derecho anglosajón, que se ajusta a las necesidades del Estado constitucional moderno, como es el derecho de precedentes; dicho esto los jueces en su competencia no se pueden limitar a la revisión de las causales de nulidad descritas en el artículo 137 de la ley 1437 de 2011, como erróneamente se podría entender de la lectura del numeral 4 del artículo 185A, adicionado

por la ley 2080, que nos habla de la revisión de las causales de nulidad de dicho artículo, contrario sensu al tenor del artículo 135A del CPACA, dicho control debe ser integral.

Ahora bien, teniendo claro que no existe en Colombia un proceso para la extensión y aplicación del precedente administrativo, es necesario acudir a procesos reglados para su aplicación, en tal sentido: 1) el sujeto que desee la aplicación del precedente debe por medio de procesos de transparencia pasiva, acceder al conocimiento de las últimas decisiones tomadas por la administración pública en el tema puntual. 2) Exponer frente a la administración pública a) procedencia del precedente administrativo en Colombia b) referenciar el acto administrativo que se invoca a favor, c) demostrar la identidad objetiva, en supuestos fácticos y jurídicos entre la situación anterior y actual, d), verificar la identidad subjetiva, lo cual implica asegurarse que se está frente a la misma administración, generadora del acto anterior; puesto que el precedente es vinculante en cuanto se predique dentro de la misma autoridad administrativo. Por ejemplo, será inadmisibles la solicitud de extensión del precedente administrativo ante la Contraloría Municipal de Bucaramanga, alegando un fallo de la Contraloría Municipal de Medellín, en la cual consideró que el ordenador del gasto no es responsable solidariamente con el pagador de la entidad pública, por el perjuicio ocasionado por una multa impuesta por la DIAN, a causa del no pago del impuesto al patrimonio vigencia 2019. e) opcionalmente, desvirtuar elementos externos como cambios normativos, jurisprudenciales o contextos puntuales, que puedan dar lugar a una nueva interpretación por parte del operador jurídico y finalmente, 3) presentar dicha argumentación en los términos procesales establecidos, para pronunciarse.

Es así que el precedente administrativo encuentra su esplendor como argumento, a la hora de sustentar un recurso ante un eventual fallo de responsabilidad fiscal, no obstante, el mismo es aplicable de manera transversal, siendo incluso admisible en la etapa de indagación preliminar en

un proceso ordinario, logrando prevenir el desarrollo de un proceso de responsabilidad fiscal que representa el desgaste de los sujetos procesales, ergo, el precedente administrativo puede operar válidamente en todo momento procesal, como en la aplicación de reglas de competencia, conteo de términos, decreto, practica y análisis de pruebas, medidas cautelares, vinculación del garante y en general en todo proceso en el cual el operador jurídico realice procesos de interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico, previniendo el nepotismo y la corrupción en los entes de control fiscal.

Ahora bien, para finalizar es importante realizar un reconocimiento a la Corte Constitucional, pues como máximo órgano de cierre en materia constitucional, ha trazado una línea jurisprudencial significativa en lo concerniente al Precedente Administrativo. Ello, debido a que en Colombia ha sido la rama judicial la principal responsable del avance jurídico doctrinal en esta materia. Es por ello, que, gracias al reconocimiento de derechos como la seguridad jurídica y confianza legítima en casos análogos desarrollado por el máximo órgano Constitucional y de manera posterior por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado como órganos de cierre en sus respectivas jurisdicciones, pudieron dar apertura a la figura del precedente administrativo, haciendo a un lado la rigidez hasta ahora adoptada en estas instituciones.

Referencias

- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitución Política de Colombia*.
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
- Bedoya, J. D. L. (2014). El precedente administrativo en el ordenamiento jurídico colombiano. *Summa Iuris (histórico)*, 2(2), 195-216.
- Bernal Pulido, C. (2008). *El precedente en Colombia*. Revista Derecho del Estado.
<https://revistas.uexternado.edu.co//index.php/derest/article/view/493>
- Botero, L. J. D., & Villa, F. C. (2018). *El control fiscal y la responsabilidad fiscal: Fundamentos sobre la vigilancia de la gestión fiscal, el proceso ordinario y el proceso verbal de responsabilidad fiscal*. Grupo Editorial Ibáñez.
- Cabarcas-Mercado, C. E. (2019). El Precedente Administrativo en Colombia: Un Estudio a su Naturaleza Jurídica. *Derectum*, 4(2), 11-25. <https://doi.org/10.18041/2538-9505/derectum.2.2019.6119>
- Congreso de la Republica, Código General del Proceso. Ley 1564 de 2012 Recuperado 25 de abril de 2021, http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html
- Congreso de la Republica (2014) (testimony of Congreso de la Republica). *Ley 1712*.
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=56882>
- Congreso de la Republica de Colombia (agosto 15). *Ley 610 de 2000*.
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0610_2000.html
- Congreso de la Republica de Colombia (julio 24). *Ley 1340 de 2009*.
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1340_2009.html
- Congreso de la Republica. *Ley 1395 de 2010*. Recuperado 25 de abril de 2021, de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1395_2010.html

Congreso de la Republica de Colombia (enero 18). *Ley 1437 de 2011*. Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html

Congreso de la Republica de Colombia (julio 12). *Ley 1474 de 2011*. Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1474_2011.html

Corte Constitucional de Colombia (7 de octubre de 2011) Sentencia T-762, T-3085282 [MP María Victoria Calle]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-76211.htm>

Corte Constitucional de Colombia (26 de marzo de 2014) Sentencia C-178, D-9874 [MP María Victoria Calle]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-178-14.htm>

Corte Constitucional de Colombia (4 de junio de 2014) Sentencia C-341, D-9945 [MP Mauricio González Cuervo]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-341-14.htm>

Corte Constitucional de Colombia (9 de mayo de 2001) Sentencia C-477, D-3252 [MP Marco Gerardo Monroy]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-477-01.htm>

Corte Constitucional de Colombia (28 de mayo de 2004) Sentencia T-545, T-857487 [MP Eduardo Montealegre Lynett]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-545-04.htm>

Corte Constitucional de Colombia (24 de febrero de 2015) Sentencia C-083 [MP GloriaStella Ortiz]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-083-15.htm>

Corte Constitucional de Colombia (4 de junio de 2014) Sentencia C-338, D-9929 [MPAlberto Rojas Ríos]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-338-14.htm>

Corte Constitucional de Colombia (30 de junio de 2010) Sentencia C-537, D-7942 [MP Juan Carlos Henao]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-537-10.htm>

Corte Constitucional de Colombia (6 de julio de 1998) Sentencia T-334, T-156343[MP Antonio Barrera Carbonell]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-334-98.htm>

- Corte Constitucional de Colombia (31 de enero de 2001) Sentencia C-096, D-3102 [MP Alvaro Tafur Galvis]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-096-01.htm>
- Corte Constitucional de Colombia (13 de noviembre de 1996) SU-620, T-84714 [MP Antonio BarrerCarbonell]. <http://www.bogotajuridica.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=5466#1>
- Corte Constitucional de Colombia (5 de julio de 2018) SU-072, T-6.304.188 y T-6.390.556 [MP José Fernando Reyes]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/SU072-18.htm>
- Contraloría General de la República. (s. f.). *Historia y Contralores—Contraloría General de la República*. Contraloría General de la República. Recuperado 5 de abril de 2021, de <https://www.contraloria.gov.co/contraloria/la-entidad/historia-y-contralores>
- Decreto 403, Presidencia de la Republica., Por el cual se dictan normas para la correcta implementación del Acto Legislativo 04 de 2019 y el fortalecimiento del control fiscal (2020). <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=110374>
- Díaz Díaz, J. (2008). La investigación jurídica y la investigación socio-jurídica: Entre el método jurídico de investigación y el método científico. *IUSTITIA*, 0(6), 199-206. <https://doi.org/10.15332/iust.v0i6.945>
- Díez-Picazo, L. (1982). La doctrina del precedente administrativo. *Revista de administración pública*, 98, 7-46.
- Díez Sastre, S. (2008). *El precedente administrativo* /. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. <http://www.marcialpons.es/libros/el-precedente-administrativo/9788497685399/>
- Doria Arrieta, J. (2019). La adopción de buenas prácticas administrativas en los sectores público y privado como estrategia de prevención de actos de corrupción. *Revista Digital de*

Derecho

Administrativo.

<https://revistas.uexternado.edu.co//index.php/Deradm/article/view/5712/7541>

Gómez Lee, I. D. (2016). *La seguridad jurídica. El caso de la responsabilidad fiscal en Colombia.*

II. <https://publicaciones.uexternado.edu.co/gpd-la-seguridad-juridica-el-caso-de-la-responsabilidad-fiscal-en-colombia-vol-i-9789587725476.html>

Maldonado Narvaez, M. I. (2014). *El control fiscal y su ajuste dentro del Estado Social de Derecho.* Universidad Santo Tomás. <https://doi.org/10.15332/dt.inv.2021.02086>

Mena Guerra, R. A. (2011). *Valor y función de la Jurisprudencia en el Derecho Administrativo.*

Mesa Valencia, A. F. (2013). *El principio de la buena fe: El acto propio y la confianza legítima: hacia una teoría del precedente administrativo en Colombia.* Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.

Morales Sanchez, M. I. (2020). *Precedente administrativo.* Contraloría General de Medellín.

Nieto García, A. (s. f.). *Revista Jurídica de Buenos Aires.* 626.

Nieto Roa, L. G. (s. f.). *Regulación del Control fiscal—Asamblea Nacional Constituyente 1991.*

Biblioteca Virtual del Banco de la República. Recuperado 13 de abril de 2021, <https://babel.banrepcultural.org/digital/collection/p17054coll28/id/392/rec/1>

Ortiz Díaz, J. (1957). El precedente administrativo. *Revista de administración pública*, 24, 75-116.

Quecán, R. (2019). *El precedente administrativo en Colombia: Implicaciones y dificultades.*

<https://revistas.urosario.edu.co/xml/733/73362099012/html/index.html>

Rojas de Escalona, B. (2014). *Investigación Cualitativa. Fundamentos y Praxis.*

<https://isbn.cloud/9789802734719/investigacion-cualitativa-fundamentos-y-praxis/>

Romero Molina, C. A., García Caicedo, X. C., & Lazziano Rizo, C. M. (2011). Una aproximación al precedente administrativo en Colombia. Leyes 1340 del 2009 y 1395 del 2010. *DIXI*, 13, 82-93.

Rotondo Tornaría, F. (2015). *Manual de derecho administrativo*.

Ruiz Rodríguez, J. M. (2020). *Radicado Interno: 2020ER0055454 DEL 16 DE JUNIO DE 2020*. Contraloría General de la República.

Santofimio Gamboa, J. O. (2010). *la fuerza de los precedentes administrativos en el sistema jurídico del derecho positivo colombiano*. 28.

Santos Molano, E. (1942). *La misión Kemmerer | La Red Cultural del Banco de la República*.
<https://www.banrepcultural.org/biblioteca-virtual/credencial-historia/numero-184/la-mision-kemmerer>

Taruffo, M. (2010). Precedente y jurisprudencia. *Precedente. Revista Jurídica*. Recuperado 25 de abril de 2021, <https://doi.org/10.18046/prec.v0.1434>