

Bogotá D.C., 26 de septiembre de 2023

Doctor:

JAIME LUIS LACOUTURE PEÑALOZA

Secretario General

Cámara de Representantes

Ciudad

Asunto: Proyecto de Ley No. ____ De 2023 *“Por medio del cual se modifica el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se establecen medidas tendientes a dar aplicación al precedente administrativo, se crean los repositorios normativos para las entidades públicas del orden nacional y territorial y se dictan otras disposiciones”*

Respetado Secretario General,

En mi condición de Congresista de la Cámara de Representantes de la República de Colombia, radico ante su despacho el presente Proyecto de Ley *Por medio del cual se modifica el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y se establecen medidas tendientes a dar aplicación al precedente administrativo y se dictan otras disposiciones”*.

Cordialmente,

SANTIAGO OSORIO MARÍN

Representante a la Cámara

PROYECTO DE LEY NO. _ DE 2023 CÁMARA

“Por medio del cual se modifica el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se establecen medidas tendientes a dar aplicación al precedente administrativo, se crean los repositorios normativos para las entidades públicas del orden nacional y territorial y se dictan otras disposiciones”

El Congreso de Colombia

DECRETA:

ARTÍCULO 1. OBJETO. La presente ley tiene por objeto incorporar de manera expresa, el deber de dar aplicación a la figura del precedente administrativo y facilitar y fomentar su consulta, a través, del deber de publicación de los actos administrativos que se encuentren en firme y en los cuales se adopten decisiones por parte de las autoridades, en asuntos de su competencia *en repositorios normativos tanto para entidades públicas del orden nacional como territorial.*

ARTÍCULO 2. Modifíquese y adiciónese el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011, el cual quedará así:

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, dando aplicación al precedente administrativo. 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.

ARTÍCULO 3. ÁMBITO DE APLICACIÓN. Las disposiciones de la presente ley aplican para la producción, modificación o derogación de actos administrativos por parte de los organismos y entidades que conforman la Rama Ejecutiva del nivel nacional y territorial, y por los órganos autónomos e independientes del Estado. Estos se entenderán como los sujetos obligados para efectos de la presente ley.

Se excluye de la aplicación de la ley a los siguientes actos administrativos:

- I. Actos administrativos que expidan o requieran la firma del Presidente.
- II. Los promulgados en razón de la declaración de los Estados de excepción.
- III. Cuando se trate de procedimientos militares o de policía que por su naturaleza requieran decisiones de aplicación inmediata, para evitar o remediar perturbaciones de orden público en los aspectos de defensa nacional, seguridad, tranquilidad, salubridad, y circulación de personas y cosas.
- IV. Actos administrativos que se expidan en desarrollo de la Ley 4 de 1992.
- V. Actos administrativos de carácter presupuestal.
- VI. Las normas que conceden reconocimientos o distinciones, que corrigen yerros y aquellos que no generen un impacto económico, social o ambiental.
- VII. Actos administrativos promulgados en el marco de los procedimientos especiales de defensa comercial a cargo del Estado.
- VIII. Los demás casos expresamente señalados en la ley.

ARTÍCULO 4. PRINCIPIOS. En el marco de la producción de actos administrativos por parte de las autoridades que pertenecen a la Rama ejecutiva tanto del orden nacional como territorial, deben observarse los principios que rigen la función administrativa, especialmente los de legalidad, igualdad, buena fe, economía, imparcialidad, celeridad, eficacia, eficiencia, publicidad, transparencia, debido proceso, seguridad jurídica y confianza legítima.

ARTÍCULO 5. REPOSITORIO. Las entidades obligadas tanto del orden nacional como territorial deberán contar con su respectivo inventario de los actos administrativos que se encuentren en firme para la consulta de la ciudadanía. Las entidades del orden nacional deberán hacerlo en el Sistema Único de Información Normativa (SUIN) o en su respectiva página web de manera organizada cronológicamente y por temáticas. Lo anterior sin perjuicio de lo establecido en las leyes especiales vigentes sobre la materia o relacionadas. La publicación por parte de las entidades de la Rama Ejecutiva del nivel territorial lo harán igualmente en su página web y será de manera progresiva, conforme a las capacidades y desarrollos de este sistema de información, teniendo en cuenta los siguientes plazos así:

Categoría Especial y entidades del orden nacional: Doce (12) meses a partir de la entrada en vigencia de esta ley.

Primera Categoría: veinticuatro (24) meses a partir de la entrada en vigencia de esta ley.

Segunda y Tercera Categoría: Treinta y seis (36) meses a partir de la entrada en vigencia de esta ley.

Cuarta, Quinta y Sexta Categoría: Cuarenta y ocho (48) meses a partir de la entrada en vigencia de esta ley.

En los plazos aquí dispuestos, los sujetos obligados deberán hacer los ajustes institucionales, normativos, administrativos y financieros con cargo a su presupuesto que sean necesarios.

PARÁGRAFO. Para el caso de las Asambleas Departamentales y Concejos Distritales y Municipales, no aplica lo dispuesto en la presente ley, en lo referido a la promulgación de acuerdos y ordenanzas.

ARTÍCULO 6. ACTUALIZACIÓN DEL SUIN. El Ministerio de Justicia y del Derecho adecuará el Sistema Único de Información Normativa (SUIN) o el que haga sus

veces con el fin de que los sujetos obligados divulguen a través de este sistema de información los actos administrativos señalados en el artículo 2 de la presente Ley.

Para el cumplimiento de este fin, la Imprenta Nacional de Colombia y las demás entidades públicas competentes, remitirán sin costo la información que requiera al Ministerio de Justicia y del Derecho.

ARTÍCULO 7. INTEROPERABILIDAD DE LOS SISTEMAS DE INFORMACIÓN.

Los sistemas de información que sean utilizados por la administración pública y se encuentren relacionados con el ciclo de producción normativa del Estado deben ser interoperables.

Las autoridades deberán integrar dichos sistemas de información al servicio ciudadano de interoperabilidad, siguiendo los lineamientos, plazos y condiciones que para tal efecto expida el Ministerio de las Tecnologías y las Comunicaciones.

El Ministerio de las Tecnologías y las Comunicaciones tendrá un plazo de seis(6) meses para reglamentar lo dispuesto en este artículo.

ARTÍCULO 8. CAMBIO DE PRECEDENTE. Cuando las entidades del orden nacional o territorial cambien los criterios interpretativos con respecto a la última decisión tomada en un caso de iguales supuestos fácticos y jurídicos, podrán hacerlo siempre y cuando esté sustentado en normas de superior jerarquía o error de la autoridad que tomó la decisión. Dicha interpretación podrá ser aplicada a situaciones anteriores siempre y cuando ésta sea favorable al administrado.

En ningún caso lo anterior dará lugar a la revisión de oficio en sede administrativa de actos administrativos que hayan cobrado firmeza.

ARTÍCULO 9. SEGUIMIENTO. El Ministerio de Justicia y del Derecho y el Departamento Administrativo de la Función Pública harán seguimiento a la

implementación de la presente Ley. El Gobierno Nacional a partir de la vigencia de la presente ley y cada dos (2) años presentará informe al Congreso al inicio de la legislatura correspondiente.

ARTÍCULO 10. AUTORIZACIÓN. Para dar cumplimiento a la presente Ley, se autoriza al Gobierno Nacional para que incluya en el presupuesto de rentas y gastos una partida de acuerdo con las disponibilidades presupuestales, el marco fiscal de mediano plazo y el marco de gastos, asignación de recursos adicionales al Ministerio de Justicia y del Derecho.

Artículo 11. REGLAMENTACIÓN. El Gobierno Nacional reglamentará, en un término no mayor a doce (12) meses a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, las condiciones de implementación, metodología y plazos para el cumplimiento de lo dispuesto en este artículo en lo referente a la Rama Ejecutiva del poder público.

ARTÍCULO 12. VIGENCIA. La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

Cordialmente,

SANTIAGO OSORIO MARÍN

Representante a la Cámara

Partido Alianza Verde -Pacto Histórico

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

PROYECTO DE LEY NO. _ DE 2023 CÁMARA

“Por medio del cual se modifica el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se establecen medidas tendientes a dar aplicación al precedente administrativo, se crean los repositorios normativos para las entidades públicas del orden nacional y territorial y se dictan otras disposiciones”

1. OBJETO

La presente ley tiene por objeto incorporar de manera expresa, el deber de dar aplicación a la figura del precedente administrativo y fomentar su consulta, a través, del deber de publicación de los actos administrativos que se encuentren en firme, en los cuales, se adopten decisiones por parte de las autoridades, en asuntos de su competencia. Permitiendo a las entidades economizar tiempo y mantener la coherencia en sus decisiones. Así, como la prevalencia de los principios de legalidad, igualdad, buena fe, economía, imparcialidad, celeridad, eficacia, eficiencia, publicidad, transparencia, debido proceso, seguridad jurídica y confianza legítima, en nuestro ordenamiento jurídico.

2. JUSTIFICACIÓN

El derecho colombiano y en especial, la Constitución Política de Colombia consagra diferentes principios entre los cuales se encuentran el de legalidad, igualdad, buena fe, economía, imparcialidad, celeridad, eficacia, eficiencia, publicidad, transparencia, debido proceso, seguridad jurídica y confianza legítima. Todos ellos articulados en nuestro sistema normativo con los principios de la función administrativa consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política, donde conviene destacar los principios de igualdad, moralidad, eficiencia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, principios enunciados en la Ley 1437 de 2014 y en la Ley 489 de 1998, los cuales, permiten consolidar la figura del precedente

administrativo en nuestro país y justificar la necesidad de incorporación expresa en nuestro ordenamiento jurídico.

2.1. FALTA DE CLARIDAD FRENTE AL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO

A su vez, la ley 1437 de 2011, *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*, en su artículo 10, establece el deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia, lo que constituye la exigencia de mantener una misma línea resolutive en el ejercicio de las competencias decisorias por parte de la administración, no obstante, sin expresar de manera clara el mandato de aplicación del precedente administrativo como herramienta jurídica de la administración y los ciudadanos en la toma de decisiones por parte de la administración.

En este sentido, ha sido difícil encontrar en la doctrina nacional un amplio desarrollo sobre el tema del precedente administrativo como afirmó en su momento el profesor Santofimio Gamboa¹, exconsejero de Estado. Así, puede sostenerse que el tema se encuentra ausente de la discusión doctrinal ordinaria en relación con las materias básicas del derecho administrativo. Hasta el año 2011 solo se verificaban en la doctrina colombiana dos trabajos elaborados, algunos nacionales, como lo son Ingrid Ortiz² y Andrés Jaramillo³. Empero, en los últimos 10 años, se observan algunos trabajos adicionales, entre los cuales, se destacan un artículo de investigación de la autoría de profesor Jesús Londoño⁴ y tres artículos más,

¹Óp. Cít. Pág. 31.

² Ortiz Vaquero, Ingrid. El precedente administrativo en el ámbito del derecho de la competencia. Comentario a la sentencia de la corte constitucional C-537 de 2010. Revista e-Mercatoria, volumen 9 N°2. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2010.

³ Jaramillo Hoyos, Andrés. El precedente Administrativo en la Ley 1340 de 2009. Revista del derecho de la Competencia. Vol. 7. N°. 7. Bogotá.

⁴ Londoño Bedoya, J. D. (julio – diciembre, 2014). El precedente administrativo en el ordenamiento jurídico colombiano. Sum- ma Iuris, 2(2), 195-216.

pertenecientes a los siguientes actores: Cristian Cabarcas-Mercado⁵, Ricardo Quecán Gamba⁶ y Ferney Moreno⁷.

De esta manera, se vislumbra la necesidad de consolidar la figura del precedente administrativo en nuestro ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta su desarrollo legal, jurisprudencial y en el caso de las anteriores referencias, doctrinal.

El Precedente Administrativo es aquel que se exhibe al interior de la administración, la cual, cuenta con la posibilidad de decidir determinados asuntos que se ventilan por vías administrativas. En esas posibilidades cumple su mejor función como integrador del ordenamiento jurídico y facilitador de la aplicación de los principios por parte de la administración.

A pesar de la falta de precisión legislativa en torno a la concepción de la figura, en el ordenamiento colombiano se observan diferentes reglas de aplicación del precedente administrativo que le otorgan autonomía y fuerza vinculante. En este caso, los principios del ordenamiento jurídico que coadyuvan a su aplicación, tienen un carácter instrumental dentro de la argumentación jurídica del mismo y coadyuvan a materializar la eficacia vinculante que este posee. La autonomía alcanzada por este tipo de precedente en Colombia, se verifica a través de la jurisprudencia y un par de normas que se identificarán seguidamente. Empero, no se reporta de manera expresa y clara, la figura del precedente administrativo, en ninguna de ellas.

⁵ Cabarcas Mercado, Cristian Enrique. El Precedente Administrativo en Colombia: Un Estudio a su Naturaleza Jurídica directum. Volumen 4. No.2: 11-25, 2019| issn-e: 2538-9505| Barranquilla.

⁶ Quecán Gamba, R. (2019). El precedente administrativo en Colombia: Implicaciones y dificultades. Revista Estudios Socio Jurídicos, 22(1), 353-390. Doi: <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.7270>

⁷ L. F. Moreno. Precedente judicial y administrativo en la regulación económica colombiana. *Derecho del Estado* n.o 37, Universidad Externado de Colombia, julio- diciembre de 2016, pp. 165-188. doi: <http://dx.doi.org/10.18601/01229893.n37.05>

En Colombia, puede decirse que el precedente administrativo funge como una herramienta a través de la cual, las decisiones tomadas por las autoridades administrativas en casos similares toman relevancia para ser tenidas en cuenta al momento de resolver situaciones futuras. Y al igual que en otros países, se basa en la idea que la administración pública debe actuar de manera coherente y consistente en sus decisiones. Sin embargo, requiere de una expresión precisa que determine su existencia y permita, más allá de una interpretación de las reglas, principios y pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinales, tener vida propia en el ordenamiento jurídico, que permita generar cultura alrededor de su utilización.

2.2. TRABAJO DE INVESTIGACIÓN

Aunado a lo anterior, el trabajo de investigación desarrollado por el profesor Jesús Londoño, dentro de su proceso de formación doctoral, da cuenta del desconocimiento que se tiene sobre la figura del precedente administrativo, por parte de los operadores jurídicos que desarrollan competencias decisorias. Lo anterior, según los resultados de investigación, radica principalmente en dos situaciones.

La primera de ellas tiene que ver con la ausencia de claridad legal, en torno a la figura del precedente administrativo. A la cual, se llega actualmente, por vía de interpretación y articulación de diferentes elementos del ordenamiento jurídico. De igual manera, se aprecia en los resultados de investigación, una frecuente confusión entre la figura del precedente administrativo y el precedente judicial administrativo, cuyas connotaciones devienen de estructuras orgánicas distintas y cuyos fundamentos jurídicos también son disímiles.

La segunda de ellas, debido a la falta de publicidad de los fallos administrativos a través de los cuales, se adoptan decisiones por parte de las autoridades. Esta situación, no permite que se conozcan los diferentes precedentes administrativos y

por ende, es difícil que dicha herramienta pueda ser utilizada por los operadores jurídicos.

Los resultados de la investigación, se obtuvieron a partir de un instrumento de recolección de información, a través de entrevistas, para generar una imagen sobre el desarrollo del precedente administrativo en asuntos disciplinarios. Dentro de la muestra se tuvieron en cuenta las Procuradurías Regionales de Caldas y Risaralda, la Personería Municipal de Manizales, la Gobernación de Caldas, la Alcaldía de Manizales, la Alcaldía de Pereira, la Alcaldía de Armenia y la Industria Licorera de Caldas.

Los resultados dieron cuenta de los siguientes aspectos:

- a. El escaso conocimiento que el operador jurídico posee sobre la figura del Precedente Administrativo y su aplicabilidad en Colombia.
- b. La falta de aplicabilidad que el operador jurídico le otorga a la figura del precedente administrativo en materia administrativa y consecuentemente en materia disciplinaria dentro del ejercicio de competencias decisorias.
- c. La existencia de algún peso de los fallos anteriores de la misma autoridad, sobre los fallos posteriores que se encuentren en la misma situación fáctica, aún cuando se percibe el desconocimiento que se tiene sobre la figura del precedente administrativo.
- d. La falta de publicidad que se otorga a los fallos y decisiones administrativas de los órganos revisados.

2.3. REGLAMENTACIÓN

Hasta la fecha, se han expedido un par de disposiciones normativas en nuestro país relacionadas con el precedente administrativo, que de alguna manera, ayudan a reforzar el carácter de autonomía y eficacia jurídica de este tipo de precedente. Estas han sido, las leyes 1340 de 2009 y 1437 de 2011. Realizándose una transición desde la determinación jurisprudencial de la existencia del precedente administrativo a partir del respeto por algunos principios del ordenamiento jurídico a la incorporación por parte del legislador, de elementos que permiten visualizar al precedente administrativo, como fuente de derecho.

El artículo 10 de la ley 1437 de 2011, también conocido como CPACA, indica que:

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 jurídicos⁸.

De allí se puede concluir, la obligatoriedad de la aplicación del precedente administrativo en el desarrollo de los procedimientos realizados por la administración pública mediante la aplicación uniforme de las normas en situaciones con iguales supuestos fácticos y jurídicos. En este mismo sentido, la ley 1340 de 2009 y su regulación de la doctrina probable en materia de protección de la competencia, ilustra un expreso mandato a la aplicación del precedente administrativo, con la diferencia que, en este caso, posee un rasgo de particularidad importante, la reiteración, que se explicará a fondo en líneas posteriores. Empero en la referenciada reglamentación, no se realiza una determinación expresa al término precedente administrativo, por lo que se deja al entender del operador jurídico, la creencia, sobre la posibilidad de existencia del mismo. Lo cual, depende,

⁸ Ibid. Artículo 10.

exclusivamente del grado de instrucción y conocimiento que posea el operador sobre la figura, para su concepción.

2.4. LA LEY 1340 DE 2009 Y LA SENTENCIA C-537 DE 2010 COMO APOORTE PARA LA DOCTRINA DEL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO EN COLOMBIA

En el sinnúmero de entidades de derecho público que existen en nuestro país, puede presentarse la figura del precedente administrativo como garantía de respeto de los principios de igualdad, seguridad jurídica y confianza legítima de los administrados, sin embargo, aún falta mucho para que dicha figura se consolide dentro de la actividad de todas aquellas entidades.

No obstante lo anterior, dicha figura ya dio sus primeros pasos en el ordenamiento jurídico colombiano como se vio anteriormente, lo cual constituye un gran punto de partida para su desarrollo al interior de toda la administración pública.

Ahora bien, un hecho que podría afirmarse ha incidido en forma clara sobre la doctrina del precedente administrativo en nuestro país es sin dudas la expedición de la ley 1340 de 2009 *Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia*⁹.

Según ésta ley, en su artículo 24: “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”¹⁰. Este concepto de doctrina probable será el que sin lugar a dudas nos llevará a verificar la existencia del precedente administrativo en nuestro país. Sin embargo el

⁹Congreso de la República. Colombia. Ley 1340 del 24 de julio de 2009. Por la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia. [En línea] Disponible en el link alojado en la página de internet: <http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2009/ley_1340_2009.html>

¹⁰*Ídem*.

concepto de doctrina probable en el ámbito del derecho administrativo no tuvo una fácil aceptación luego de haber sido expedida la ley 1340 de 2009. Tanto así que dicha norma fue demandada mediante acción pública de inconstitucionalidad por parte de algunos juristas, los cuales indicaron que el artículo 24 de dicha ley era violatorio de la Constitución en tanto se refiere tanto a las funciones administrativas como a las judiciales que tiene en cabeza la Superintendencia de Industria y Comercio, de tal manera que la doctrina probable sería vinculante también para los jueces de la República, lo cual estaría en contravía con el principio de la separación de poderes por cuanto la rama ejecutiva del poder público estaría teniendo injerencia dentro de la administración de justicia.

De la sentencia C-537 de 2010 por medio de la cual se resolvió la demanda de inconstitucionalidad del artículo 24 de la ley 1340 de 2009, puede decirse que constituye un gran avance en lo que es la construcción de una sólida teoría sobre la figura del precedente administrativo en nuestro país, ya que de acuerdo a la interpretación que realizó la Corte Constitucional de la ley 1340, se pueden ilustrar varios de los conceptos y componentes que diferencian la figura.

De acuerdo al análisis realizado por la Corte, como lo señala Ortiz Vaquero¹¹, se concluyó que en el ámbito de aplicación de las normas de libre competencia, la Superintendencia de Industria y Comercio, en adelante SIC, cumple solamente funciones de carácter administrativo, por tal motivo la figura de la doctrina probable se aplica únicamente a las decisiones adoptadas por la SIC en el ejercicio de las funciones administrativas. Así pues, la doctrina probable de la SIC no estaría vulnerando los principios constitucionales que regulan la independencia judicial o la separación de poderes, pudiendo coexistir con las decisiones adoptadas por los

¹¹ Ortiz Vaquero, Ingrid. El precedente administrativo en el ámbito del derecho de la competencia. Comentario a la sentencia de la corte constitucional C-537 de 2010. Revista e-Mercatoria, volumen 9 N°2. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2010. Pág. 6.

jueces en materia de libre competencia sin que se vean limitadas las potestades y autonomía de los mismos.

Teniendo en cuenta las conclusiones anteriores, la Corte procedió a elaborar un análisis de la figura de la doctrina probable. Según este análisis, los argumentos que dan sustento a la figura de la doctrina probable en sede jurisdiccional, sirven también para dar fundamento a la doctrina probable en sede administrativa. Según la Corte Constitucional¹², los lineamientos que dio la sentencia C-836 de 2001, para establecer la proveniencia de la fuerza normativa de la doctrina probable dictada por la Corte Suprema de Justicia, deben ser tenidos en cuenta para la interpretación del apartado del artículo 24 de la ley 1340 de 2009 ya que no existe prohibición constitucional para que la Ley establezca la figura de la doctrina probable de carácter administrativo.

Ahora bien, es de aclarar que frente a la figura del precedente administrativo, la Corte no enfatizó demasiado como si lo hace frente a la figura de la doctrina probable, tal y como se señaló en sentencia C-836 de 2001:

*Tuvo origen en la doctrina legal más probable, consagrada en el artículo 10º 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 4º de la Ley 169 de 1896 estableció el artículo vigente de la doctrina probable para la Corte Suprema de Justicia.*¹³

No obstante lo anterior, la Corte calificó a la doctrina probable como una técnica de vinculación al precedente, admisible tanto en el ámbito jurisdiccional como

¹²Corte Constitucional. República de Colombia. Sentencia C-537 de 2010.

¹³Corte Constitucional. República de Colombia. Sentencia C-836 de 2001.

administrativo. Esto quiere decir que la Corte al hablar de doctrina probable hace referencia a la vinculación de las entidades públicas a la doctrina del precedente administrativo. “*En ese caso lo que se presenta es una vinculación más formal al precedente administrativo*”¹⁴. Al respecto Ortiz Vaquero¹⁵ señala que la Corte reconoció valor normativo al precedente administrativo a través de la figura de la doctrina probable, es decir, de la misma forma en que se reconoció fuerza vinculante al precedente judicial común, de acuerdo a los postulados de la sentencia C-836/01, siendo necesaria la reiteración. Lo cual según la autora, no era del todo necesario, por cuanto el término doctrina probable se ha de utilizar en la mayoría de los casos dentro de un contexto jurisdiccional y bastaba con hacer referencia al precedente administrativo como figura autónoma.

Frente a lo anterior se debe decir que la ley 1340 de 2009, representa la aparición de una especie de precedente administrativo, que se presenta específicamente al interior de la actividad administrativa desarrollada por la SIC. Puede afirmarse entonces que la doctrina probable a la que hace referencia la ley 1340 de 2009 es una especie, dentro del género del precedente administrativo. Aquella vez, el Congreso de la República, por medio de la ley referida, le otorgó mayor formalidad a la figura del precedente administrativo, cuando éste se presenta en sede de la SIC. Por tal motivo, es válido que el legislador regule sobre una figura que viene abriéndose camino hacia su consolidación en nuestro ordenamiento jurídico con respecto al resto de entidades que hacen parte de la Administración Pública.

Ahora bien, como se dijo anteriormente, para la Corte Constitucional los argumentos que dan sustento a la doctrina probable de la Corte Suprema de Justicia, es decir aquellos en los que se sustenta la teoría del precedente judicial común, son aplicables a la doctrina probable que aplica la SIC, es decir, aquellos que sustentan la vinculación de esta entidad pública al Precedente Administrativo. Estos sustentos,

¹⁴ *Idem*.

¹⁵ Ortiz Vaquero, Ingrid. El precedente administrativo en el ámbito del derecho de la competencia. Comentario a la sentencia de la Corte Constitucional C-537 de 2010. *Óp. Cit.* Pág. 27.

como bien señala Ortiz Vaquero¹⁶, son expuestos en la sentencia C-836 de 2001 referenciada algunos capítulos atrás. En esta providencia se indicó que:

La fuerza normativa de la doctrina dictada por la Corte Suprema proviene (1) de la autoridad otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla y de su función como órgano encargado de unificar la jurisprudencia ordinaria; (2) de la obligación de los jueces de materializar la igualdad frente a la ley y de igualdad de trato por parte de las autoridades; (3) del principio de la buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado; (4) del carácter decantado de la interpretación del ordenamiento jurídico que dicha autoridad ha construido, confrontándola continuamente con la realidad social que pretende regular¹⁷.

Para la Corte Constitucional, según la sentencia C-537 de 2010, tratándose de la doctrina probable que se presenta en la SIC, se cumple la condición 1 por cuanto la SIC es una autoridad creada en la Constitución. Las condiciones 2 y 3 se cumplen de la misma manera por cuanto en la aplicación de la doctrina probable como técnica de vinculación al precedente administrativo se han de tener en cuenta los principios de buena fe, igualdad ante la ley, y confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado. Ahora bien, Ortiz Vaquero¹⁸, anota que la condición 4, a la que la Corte no se refirió, de igual manera se cumple, ya que la SIC posee un amplio recorrido en los temas de libre competencia y le ha correspondido conocer por la naturaleza de sus funciones desde su creación.

De esta manera puede evidenciarse como bien lo indica Ortiz Vaquero¹⁹, que el precedente administrativo y el precedente judicial común, comparten gran parte de los argumentos que les sirven de fundamento para demostrar el carácter vinculante que poseen dentro del ordenamiento jurídico, entre estos puede destacarse que

¹⁶ Ídem. Pág.21.

¹⁷ Corte Constitucional. República de Colombia. Sentencia C-836 de 2001. *Óp. Cit.*

¹⁸ Ortiz Vaquero, Ingrid. El precedente administrativo en el ámbito del derecho de la competencia. Comentario a la sentencia de la corte constitucional C-537 de 2010. *Óp. Cit.* Pág. 22.

¹⁹ Ídem. Pág. 23.

tanto el uno como el otro revisten de seguridad jurídica al ordenamiento, y que para que la entidad pueda apartarse de seguirlos debe justificar adecuadamente su decisión. Esto es señalado también mediante la sentencia T-545 de 2004²⁰, de la cual puede extraerse que así como se acepta en el ámbito jurisdiccional la posibilidad de que los jueces se aparten de sus interpretaciones anteriores o de las interpretaciones de sus superiores, también puede la administración variar su posición jurídica en determinado caso. Así mismo la sentencia a la que se hace referencia en este capítulo, estima que:

La vinculación a la doctrina probable no elimina la posibilidad de que se pueda cambiar ésta por parte de la entidad supervisora en situaciones específicas, caso en el cual debe motivar el acto con razones suficientes para evitar la vulneración de los principios de igualdad, seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima²¹.

En el sentir anterior, anota Marín Hernández²² que, una vez adoptado un criterio de actuación por parte de la administración, su modificación o la adoptabilidad de un criterio diferente, aun siendo legítimamente válido, debe exponerse con las razones que motivaron el cambio de orientación, pues de no hacerse de esta manera se violarían todos aquellos principios de igualdad, buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica, principios que en el presente trabajo se exponen como fundamentos del precedente administrativo.

Señala Ortiz Vaquero, citando a Diez Sastre²³, que el precedente administrativo constituye un factor de mayor seguridad y confianza para los administrados, que conociendo las decisiones previas de la entidad pueden prever con un cierto

²⁰ Corte Constitucional. República de Colombia. Sentencia T-545 de 2004.

²¹ Corte Constitucional. República de Colombia. Sentencia C-537 de 2010.

²² Marín Hernández, Hugo. Discrecionalidad Administrativa. *Óp. Cit.* Pág. 390.

²³ Diez Sastre, Silvia. El Precedente Administrativo. Fundamentos y eficacia vinculante. *Óp. Cit.* Pág. 175.

margen de certeza el resultado de un procedimiento. Al respecto cabe adicionar que esos resultados que pueden esperar los administrados constituyen expectativas legítimas, las cuales son objeto de protección del principio de confianza legítima, que para que sean válidas requieren que la palabra dada por la administración sea ratificada por medio de pronunciamientos posteriores coherentes, tal como fue referido en líneas anteriores.

Contrario a lo que piensa Jaramillo Hoyos²⁴, el artículo 24 de la ley 1340 de 2009, no perjudica el principio de confianza legítima, por el hecho de requerir tres decisiones uniformes sobre un mismo tema para que se constituya la doctrina probable, que derive en el respeto del precedente administrativo. Pienso que estamos frente a un caso en el cual se garantiza la seguridad jurídica y la confianza legítima de los administrados, teniendo en cuenta que es indubitable que algunas normas del ordenamiento jurídico admiten más de una interpretación ajustada a la legalidad, tal cual sucede en el ámbito de la discrecionalidad administrativa, sin que esto implique que las entidades administrativas estén creando normas, como lo afirma Jaramillo²⁵. Habrá por supuesto algunos casos en los que las normas no admitan sino una interpretación porque el halo de incertidumbre en su aplicación es demasiado estrecho, dejándole a la discrecionalidad administrativa un margen muy ajustado para desarrollarse, sin embargo, habrá ocasiones en donde dicho margen se amplíe y se permitan varias interpretaciones cuyo resultado sea el que la administración tenga la posibilidad de adoptar decisiones distintas para un mismo caso. Es allí en donde el precedente administrativo cumple su mayor propósito de asegurar el respeto por los principios de igualdad, seguridad jurídica y confianza legítima de los administrados; en términos de Ortiz Díaz “el precedente administrativo opera en el ejercicio de la potestad discrecional”²⁶. Adicional a lo anterior debe decirse que la confianza legítima se ve favorecida con la reiteración

²⁴ Jaramillo Hoyos, Andrés. El precedente administrativo en la Ley 1340 de 2009. Revista del derecho de la Competencia. Vol. 7. N°. 7. Bogotá. Pág. 119.

²⁵ *Idem*.

²⁶ Ortiz Díaz, José. El Precedente Administrativo. *Óp. Cit.* Pág. 98.

de pronunciamientos ya que como se indicó anteriormente la confirmación de la palabra dada es uno de los elementos requeridos para la configuración de la confianza legítima.

Es el respeto por el precedente administrativo, el que permite la materialización de los principios de confianza legítima y seguridad jurídica que rigen en nuestro ordenamiento, tanto en los casos en que se requiera de la reiteración de los pronunciamientos o en los que no. En Colombia de acuerdo con la ley y la jurisprudencia, se exige un número plural de pronunciamientos en el mismo sentido para que opere la doctrina probable como técnica de vinculación al precedente administrativo, cuando la actividad administrativa se desarrolla en sede de la SIC. Por lo anterior, debe tenerse en cuenta la reiteración de estos pronunciamientos para que se constituya un precedente administrativo y sea vinculante. Lo cual no es incompatible con los principios referidos. En el mismo sentir anterior afirma Marín Hernández²⁷ que la resolución de casos de características similares durante un tiempo genera no solo una práctica y unos antecedentes que no solo orientan sino que también vinculan la solución de nuevos casos posteriores.

El precedente administrativo aplica, pues, en términos generales a todas las entidades públicas, por cuanto están sometidas al respeto de sus propias decisiones, y están en la obligación de motivar aquellas que contraríen decisiones anteriores o las inaplique, teniendo en cuenta la obligatoriedad de los principios constitucionales de igualdad, seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima. Ahora bien, en muchos casos, como sucede con la doctrina probable de la SIC, ha de aplicarse la vinculación al precedente administrativo de la propia entidad o dependencia, por cuanto no existe inferior o superior jerárquico con los cuales formar una línea de decisión. Así pues, vale la pena pensar como lo señala Ortiz

²⁷ Marín Hernández, Hugo. Discrecionalidad Administrativa. *Óp. Cit.* Pág. 389.

Vaquero²⁸, que en ocasiones se estaría frente a un caso de autoprecedente administrativo como ocurre con los precedentes de la SIC.

Por último, en cuanto a lo que se refiere a la reiteración de pronunciamientos en una misma línea, me permito anotar que aunque la doctrina a nivel mundial señala que para que el precedente administrativo pueda operar no requiere de reiteración, bastando tan sólo un pronunciamiento para que pueda aplicarse y para que la administración se encuentre en la obligación de motivar sus decisiones cuando sean emitidas de manera contraria a las anteriores. En nuestro país se exigen *“tres decisiones ejecutoriadas uniformes frente al mismo asunto”*²⁹, para que la administración, en el caso de la SIC se vincule al precedente administrativo. En los demás casos no hay necesidad de reiteración.

Así pues, si lo que se pretende es vincular a la SIC, como entidad administrativa, al precedente administrativo, debe tenerse en cuenta que es necesario aceptar que en el Derecho colombiano se requiere que se emitan tres decisiones uniformes de la manera en que se especifica en el artículo 24 de la ley 1340 de 2009 y en la sentencia C-537 de 2010.

De la misma manera hay que tener en cuenta que la exigencia en la reiteración de los pronunciamientos por parte de la ley y la jurisprudencia en el caso de la doctrina probable, es compatible con el principio de confianza legítima, puesto que la reiteración favorece la generación de las expectativas legítimas, que en últimas se traducirían en la espera porque el precedente administrativo sea respetado y acatado para la futura decisión que adopte la administración.

²⁸ Ortiz Vaquero, Ingrid. El precedente administrativo en el ámbito del derecho de la competencia. Comentario a la sentencia de la corte constitucional C-537 de 2010. *Ídem*. Pág. 26.

²⁹ Congreso de la República. Colombia. Ley 1340 del 24 de julio de 2009.

2.5. EL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. LEY 1437 DE 2011.

La expedición de la ley 1437 de 2011, que regula las actuaciones administrativas en nuestro país, suscitó como anteriormente se señaló, un *boom precedencialista*, según el cual, el Código, había traído a la vida jurídica la figura del precedente administrativo, sin embargo, debe decirse que el precedente del que en mayor medida trata el Código es el precedente judicial administrativo, mismo que hace referencia a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pues más allá del entender intrínseco que se puede realizar sobre la existencia del precedente administrativo, éste no fue expresado.

Igualmente, conviene insistir que el CPACA, no hace remisión expresa a la figura del precedente administrativo y que escasamente en su artículo 10, hace referencia a unos de los elementos que componen dicha figura.

Ahora bien, si nos detenemos a revisar el artículo 10 del CPACA, se pueden extraer las siguientes consideraciones:

Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.”³⁰.

³⁰ Congreso de la República. Colombia. Ley 1437 de 2011.

En primer lugar, el artículo no hace referencia de manera expresa al precedente administrativo, como tampoco se hace en ninguna parte del Código. Sin embargo, se desprenden dos elementos fundamentales en lo que se refiere a dicha figura. El primer elemento es la existencia de dos situaciones que tengan supuestos fácticos y jurídicos iguales, el segundo elemento es la necesidad de que en ambas situaciones se apliquen de manera uniforme las disposiciones del ordenamiento jurídico, lo cual conllevaría a que la administración utilice los mismos elementos de interpretación, por lo cual se podría esperar que teniendo en cuenta los principios generales del derecho, adopte una decisión en el mismo sentido para ambas situaciones. Esto es, acatando los precedentes administrativos.

La Corte Constitucional mediante sentencia C-634 de 2011, refirió que la primera parte del artículo 10 del Código, especifica varios de los principios constitucionales. En su análisis, la Corte resalta que:

La norma acusada prevé, como se explicó en el fundamento jurídico 7 de esta sentencia, prescripciones que ordenan a las autoridades administrativas a aplicar las disposiciones jurídicas de manera uniforme a situaciones con supuestos fácticos y jurídicos análogos. Este mandato, como es fácil observar, es una reiteración de los principios de seguridad jurídica, legalidad e igualdad, en los términos explicados en esta providencia³¹.

Estos principios constitucionales son también referidos, como aquellos en los que se fundamenta la aplicación del precedente administrativo.

Así pues, este apartado del artículo 10, es quizá lo más cercano que pueda encontrarse en el CPACA referente al precedente administrativo.

³¹ Corte Constitucional. Sentencia C-634 de 2011.

2.6. JURISPRUDENCIA

El precedente administrativo en Colombia tiene sus bases en la Constitución Política de 1991 y se encuentra desarrollado principalmente en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, como máximo órgano de la jurisdicción constitucional, que se encarga de amparar los principios y derechos fundamentales, así como las garantías jurídicas más importantes de los colombianos.

Este tipo de precedente, no reportaba un amplio desarrollo en Colombia, entre otras razones, porque la atención se había captado en mayor medida hacia los precedentes judiciales. Empero, la Corte Constitucional, a través de tres sentencias de tutela, expuso la posibilidad de su existencia y el alcance que la figura podía ostentar en el ordenamiento jurídico colombiano, soportando principalmente, los principios generales enunciados anteriormente.

El papel que desempeña la jurisprudencia en el desarrollo de una teoría sobre el precedente administrativo en nuestro país es fundamental. Puede decirse que ha sido de los primeros desarrollos que permiten verificar la existencia de la figura en nuestro ordenamiento jurídico, a pesar de la falta de determinación legal.

Como pudo verse en líneas anteriores el desarrollo más grande a nivel jurisprudencial y doctrinal sobre la teoría del precedente, había recaído específicamente sobre la consolidación de un precedente jurisprudencial en nuestro país, sin embargo, en la sentencia T-545 de 2004³², tal cual ocurrió en la sentencia T-334 de 1998³³ y T-506 de 1998³⁴, la Corte Constitucional habla de la existencia

³² Corte Constitucional. República de Colombia. Sentencia T-545 de 2004.

³³ Corte Constitucional. República de Colombia. Sentencia T-334 de 1998.

³⁴ Corte Constitucional. República de Colombia. Sentencia T-506 de 1998.

de la figura jurídica, sólo que en esta oportunidad la desarrolla más a fondo y no sólo la enuncia como ocurrió en el año 1998.

La sentencia a la que hacemos referencia, es decir, la T-545 de 2004, es producto de la acción de tutela instaurada por el señor Jesús Alirio Muñoz González en contra del Instituto Nacional de Vías-INVIAS y quien fuera trabajador oficial de esta misma entidad. Por medio de esta acción el señor Muñoz Gonzalez demandaba, entre otras, un trato igualitario por parte del INVÍAS, en cuanto al reconocimiento de su pensión. Pedía que su derecho se reconociera de la misma manera en que se le había concedido el derecho de pensionarse al señor Ramón Morera Rojas tiempo atrás. Esto por cuanto (6) meses antes, la entidad había reconocido la pensión al señor Morera Rojas, interpretando el requisito de los 28 años de servicio establecido por la convención colectiva que lo cobijaba, contando los años como si tuviesen 360 días, para todos los efectos laborales y prestacionales; lo cual resultaría de multiplicar los doce meses del año por 30 días que tiene cada mes, así las cosas, los 28 años de trabajo requeridos implicarían un total de 10.080 días laborados para acceder a la pensión, sin embargo, el INVÍAS en el caso de Muñoz González acogió una interpretación diferente, indicando que los años se componen de 365 días, por lo cual los 28 años de servicio requeridos para pensionarse debían sumar un total de 10.220 días, por esta razón el accionante que había trabajado la cantidad de 10.163 días le fue negada la pensión por el accionado. Esto según el accionante, vulneraría su derecho a la igualdad por parte de la administración, ya que no fue cobijado por la misma interpretación que se acogió para conceder la pensión al señor Morera Rojas, puesto que de habersele dado un trato igualitario, sí había tenido derecho a disfrutar de su pensión.

Lo anterior, constituye el típico caso en el cual existe un precedente administrativo, es decir, en el cual, la administración ya tomó una decisión en el pasado frente a una situación fáctica similar que se da en el presente, y que por lo mismo debería recibir idéntico trato. Tanto el caso de Muñoz González como el de Morera Rojas se

encontraban en las mismas circunstancias fácticas y jurídicas, esto es, ambos como ex trabajadores del INVIAS solicitaron la pensión y se encontraban cobijados por la misma convención colectiva de trabajo, por ende, so pena de infringir el artículo 13 de la Constitución Política -a menos que se logre justificar de manera adecuada el trato diferenciado-, debía darse la misma respuesta y conceder el derecho a la pensión de jubilación.

La Corte Constitucional³⁵ en el presente caso señaló que, era indudable la existencia de un trato diferente por parte del INVIAS a una misma situación de hecho: la solicitud de reconocimiento de pensión convencional elevada por dos ex trabajadores oficiales de la entidad en circunstancias muy similares, sin embargo, la interpretación de las disposiciones de la convención colectiva en relación con los requisitos exigidos para el reconocimiento y pago de pensiones convencionales si cambió. Razón por la cual se acogió por parte del INVIAS un concepto jurídico distinto al que se dictó con anterioridad para conceder la pensión al primero de los trabajadores que la solicitó.

Adicionalmente, señala la Corte que:

[I]a diferencia en el trato ante el cambio del precedente administrativo tiene una justificación plausible, y es que en el interregno de los seis meses (situación que consulta un elemento de temporalidad, y desecha la presencia de un cambio súbito de la posición de la administración) que separan las fechas de las dos resoluciones (la de Morera Rojas y la de Muñoz González), el INVIAS, ante las vicisitudes interpretativas que aparejaba la convención colectiva, reunió un comité especial integrado por profesionales del derecho, miembros de la oficina jurídica y de la secretaría administrativa de la entidad, para definir el punto de la correcta interpretación del término de los 28 años³⁶.

³⁵Corte Constitucional. República de Colombia. Sentencia T-545 de 2004.

³⁶*Ídem*.

Así las cosas, es evidente que ante los casos que se presentaron en el INVIAS, habiéndose encontrado ambos casos dentro de las mismas circunstancias fácticas, se actuó de manera diferente, desatendiendo el precedente administrativo, sin embargo dicha situación no es *contra legem*, por el contrario, esto es perfectamente posible dentro de una teoría que propende por el respeto de la figura del precedente administrativo, si se reúnen algunas características esenciales que la misma Corte señala.

Para la Corte Constitucional:

Así como se acepta en el ámbito jurisdiccional la posibilidad de que los jueces se aparten de sus interpretaciones anteriores o de las interpretaciones de sus superiores bajo ciertos requisitos, es también posible que la administración varíe sus posiciones jurídicas en determinados eventos.

En efecto, esta situación es perfectamente plausible en el ordenamiento jurídico colombiano, sin que con ello necesariamente se presente un desconocimiento al derecho a la igualdad de trato o a la igualdad ante la ley. Sin embargo, ello no significa que exista una habilitación absoluta para que la administración decida en cada caso y según su parecer los asuntos sometidos a su competencia.

Por el contrario, cuando los funcionarios administrativos se vean enfrentados a esta eventualidad, deberán (i) aplicar la misma línea conductora exigida por la jurisprudencia constitucional para el cambio de los precedentes judiciales, respetando obviamente las diferencias que existan entre ambas situaciones, (ii) ser conscientes de que el cambio en la interpretación debe estar correctamente sustentado y motivado: el funcionario administrativo debe hacer explícitas las razones por las cuales se aparta de la hermenéutica anterior, (iii) omitir modificaciones súbitas o descontextualizadas: de una parte, el funcionario no puede cambiar la interpretación de repente, y de la otra, debe permanecer

*atento al cambio de las circunstancias históricas o de la situación socioeconómica del país, es decir, debe atender el contexto en que operará su determinada aplicación del derecho; y por último, y obviamente (iv) consultar los cambios introducidos en las fuentes formales del derecho y en las interpretaciones de los tribunales encargados de la unificación.*³⁷

Ahora bien, para el caso concreto:

*[I]a Corte no advierte como tal un trato discriminatorio frente a Muñoz González; la diferencia en el trato ante el cambio del precedente administrativo tiene una justificación plausible, y es que en el interregno de los seis meses (situación que consulta un elemento de temporalidad, y desecha la presencia de un cambio súbito de la posición de la administración) que separan las fechas de las dos resoluciones (la de Morera Rojas y la de Muñoz González), el INVIAS, ante las vicisitudes interpretativas que aparejaba la convención colectiva, reunió un comité especial integrado por profesionales del derecho, miembros de la oficina jurídica y de la secretaría administrativa de la entidad, para definir el punto de la correcta interpretación del término de los 28 años. Una vez celebrada esta reunión se decidió, con fundamento en la Ley 153 de 1887 y en el Código del Régimen Político y Municipal y con una presentación explícita de los argumentos, aceptar una de las interpretaciones posibles, como la posición de la entidad (situación que consulta el elemento de la corrección y suficiente motivación en la nueva interpretación de la administración). Ante la presencia de estas razones, es posible afirmar que se disuelve cualquier idea de trato discriminatorio frente a Muñoz González aunque se haya presentado, en el caso, una diferencia de trato entre él y Morera Rojas.*³⁸

Así pues, para la Corte Constitucional en el caso de referencia, acepta que si bien se presentaron las mismas circunstancias fácticas entre el señor Muñoz González y Morera Rojas, el INVIAS justificó de manera adecuada el cambio de criterio

³⁷ *Ídem.*

³⁸ *Ídem.*

adoptado al conceder la pensión, ya que en el primero de los casos la interpretación de la norma estipulada en la convención colectiva fue producto de un concepto emitido por la oficina jurídica de la entidad en el mes de enero del 2002; y en el segundo caso la interpretación siguió la fundamentación dada, con posterioridad a la resolución de pensión del señor Morera Rojas de junio de 2002, por un grupo de profesionales del derecho convocado por la oficina jurídica y la secretaría administrativa de la entidad, al haberse presentado controversia sobre la correcta interpretación y aplicación de la norma convencional. Ambos casos entonces fueron resueltos basados en conceptos jurídicos distintos.

De esta manera vemos como, para modificar o adoptar un criterio diferente al precedente administrativo, aun siendo legítimamente válido el nuevo criterio, deben exponerse las razones que motivaron el cambio de orientación.

Resulta entonces sumamente importante el aporte que trae la Corte Constitucional en esta sentencia dentro de la teoría del precedente administrativo por dos cosas: la primera porque reconoce la existencia del precedente en el campo de la administración, teniendo en cuenta que la prédica de la figura del precedente no es exclusiva de los órganos judiciales del Estado, la segunda, porque señala la existencia del deber de respeto frente a dicha figura, teniendo en cuenta que las entidades públicas tienen la obligación de motivar el cambio de criterio en cuanto a sus decisiones, ratificando lo señalado en la sentencia T-334 de 1998³⁹ y T-506 de 1998⁴⁰.

De lo anterior, podemos extraer el carácter *prima facie* vinculante de los precedentes administrativos y el fundamento de la posibilidad que tiene la administración de separarse de los mismos, ya que según la sentencia T-545 de 2004, así como se acepta en el ámbito jurisdiccional la posibilidad de que los jueces

³⁹ Corte Constitucional. República de Colombia. Sentencia T-334 de 1998.

⁴⁰ Corte Constitucional. República de Colombia. Sentencia T-506 de 1998.

se aparten de sus interpretaciones anteriores o de las interpretaciones de sus superiores, también puede la administración variar su posición jurídica en determinado caso.

2.7. POSIBILIDAD Y DERECHO COMPARADO

Si se realiza un ejercicio comparativo de la figura en Colombia, se puede afirmar que, al igual que el precedente administrativo español, también es catalogado como un precedente no normativo⁴¹. Todo esto, en virtud a que su fuerza vinculante no alcanza a tener la misma relevancia que las normas jurídicas en el ordenamiento, principalmente por cuanto no existe una clara precisión legal que permita establecer una conceptualización específica. Para el caso español, en concreto se observa una referencia en el artículo 35 de la Ley de Procedimiento Administrativo común de las Administraciones Públicas en adelante [LPA-AP) Ley 39 de 2015⁴², al deber de motivación con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho, de los actos que se separen del criterio seguido por actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos lo que implica una carga para la administración en cuanto a la motivación de los actos que se aparten de los precedentes, reconociéndose así, en teoría, la existencia del precedente administrativo, sin una referencia expresa a él, evidenciando su carácter de no normativo lo de que a la postre ha conllevado que la praxis jurídica, este no sea considerado en particular una fuente directa de derecho. Vale indicar que esta norma, modificó la anterior regulación en materia de motivación de actos administrativos, la cual se encontraba regulada a partir de la ley 30 de 1992 en su artículo 54, pero que en el respectivo caso, no sufrió modificación alguna y solamente se modificó el número del artículo que la desarrollaba. En España, la identificación de este tipo de precedente,

⁴¹ De acuerdo con Silvia Diez, esto ocurre en virtud de que necesita un apoyo normativo principal para producir efectos jurídicos, siendo vinculante pero de forma indirecta. Pág. 246.

⁴² Ley 39 de 2015. España. Artículo 35. Motivación. 1. Serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho: c) Los actos que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos.

igualmente depende de la conjetura realizada por el operador jurídico o el doctrinante en cuestión, debido a la falta de claridad que posee el ordenamiento jurídico en torno al mismo.

En Colombia, hasta el momento puede indicarse que, no se evidencia una clara cultura de aplicación de la figura. En ese mismo orden de ideas, luego de revisar el estado actual de la misma en otros ordenamientos jurídicos como los de los cuatro países miembros que durante muchos años se integraron en la CAN (Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú), en virtud, a los fuertes rasgos de similitud que existen entre los mismos. Se percibe que la figura aparece en todos los ordenamientos, con una conceptualización similar a la colombiana, esto es, como una figura del derecho administrativo a través de la cual, se pretende la uniformidad en la línea de decisión por parte de la administración, cuando los fundamentos fácticos coinciden entre una decisión anterior y una situación futura, en la que se pretenda tomar una decisión. Empero, para el caso colombiano, no se evidencia un grado cultural de interiorización del precedente administrativo, como bien se evidencia en el caso peruano y boliviano. Podría decirse entonces, que la figura en Colombia, puede tener rasgos semejantes en su connotación y relevancia dentro del ordenamiento jurídico, a la de países como Venezuela y Ecuador. Empero, en países como Perú y Bolivia, se observa un gran avance en la consolidación de la figura, incluso en su propia expresión clara dentro del ordenamiento.

Ahora bien, si se analiza el precedente administrativo colombiano, desde la óptica del criterio orgánico de diferenciación de los precedentes, debe decirse que éste, es un precedente público, cuya génesis se da al interior de la administración pública y los órganos que cumplen funciones administrativas. Siendo ésta última su principal diferenciación frente a los precedentes tradicionales, cuya génesis se presenta en órganos judiciales.

Es precisamente este criterio, el que generó tanta expectativa en el año 2011 en Colombia cuando se expidió el Código de Procedimiento Administrativo y de lo

Contencioso Administrativo a través de la ley 1437 de 2011, pues se esperaba que la figura tuviese un realce a partir de la nueva regulación, de manera novedosa frente a la tradicional figura del precedente judicial.

En torno a lo que tiene que ver con el carácter estructural del precedente administrativo en Colombia, es importante anotar que hasta ahora, éste, aún no tiene un carácter definido, pues el hecho que no exista una cultura de utilización del precedente administrativo como herramienta jurídica, lo que implica que su uso no se presente manera frecuente y atendiendo unas pautas claras de materialización, implica que tampoco se genere de manera articulada hacia escenarios de verticalidad, horizontalidad y relatividad de su utilización, de ahí que se insista en la necesidad de precisión respecto al término.

Así las cosas, en Colombia está todo por construirse alrededor de la concepción estructural del precedente administrativo, pues como se ha venido definiendo, es necesario generar de manera preliminar unas bases claras de utilización de los precedentes administrativos, para luego entrar a definir las responsabilidades de los órganos que deben ceñirse a su aplicación. De esta manera, al definirse un carácter claro de identificación de los precedentes administrativos, al hacerse frecuente su uso y al generar cultura alrededor del mismo, es posible identificar la forma en que se deben aplicar, en torno a la jerarquización de los órganos competentes de su aplicación.

2.8. NECESIDAD DE PUBLICACIÓN Y CREACIÓN DE REPOSITORIOS.

Una de las grandes dificultades que presenta la efectividad del precedente administrativo tiene que ver con la dificultad para acceder al conocimiento de los actos administrativos. Lo que a la postre, redundará en la imposibilidad de probar su existencia.

Como bien se ha establecido en la doctrina universal alrededor del precedente administrativo, ninguno de los elementos propios de la figura genera mayor dificultad que probar la existencia del precedente[1]. Algo que ha logrado materializar la jurisprudencia constitucional, a través del buscador de relatoría.

La falta de recopilación de los precedentes administrativos, influye directamente en la falta de aplicación de los mismos. Por tal razón, es indispensable una herramienta que permita consolidar los diferentes precedentes de cada despacho en materia administrativa, a través de repositorios por cada entidad. En los cuales, se establezca de manera ordenada, las diferentes líneas de decisión y permita el fácil acceso a los ciudadanos.

Lo anterior, se evidenció igualmente dentro del trabajo de campo realizado en la investigación doctoral del profesor Londoño que referenciada en líneas anteriores. Dicha investigación concluye que la falta de publicidad de los fallos administrativos, es uno de los elementos que no permite que se conozcan los diferentes precedentes y por ende, sea difícil la utilización de dicha herramienta por parte de los operadores jurídicos.

3. IMPACTO FISCAL

La Ley 819 de 2003 *Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones*, establece en su artículo 7, que:

El impacto fiscal de cualquier proyecto de ley, ordenanza o acuerdo, que ordene gasto o que otorgue beneficios tributarios, deberá hacerse explícito y deberá ser compatible con el Marco Fiscal de Mediano Plazo.

[1] Tribunal Supremo Español. Sala de lo Contencioso Administrativo. STS del 13 de noviembre de 1986. FJ 2.

Para estos propósitos, deberá incluirse expresamente en la exposición de motivos y en las ponencias de trámite respectivas los costos fiscales de la iniciativa y la fuente de ingreso adicional generada para el financiamiento de dicho costo.

Así las cosas, en cumplimiento del artículo 7 de la Ley 819 de 2003, nos permitimos manifestar que este proyecto de ley podría generar impacto fiscal respecto a las fuentes de financiación del Presupuesto General de la Nación, en lo que respecta a la financiación de las plataformas que servirán de repositorio.

En este orden de ideas, es importante traer a colación las Sentencia C-911 de 2007 y C-502 de 2007, donde la Corte Constitucional puntualizó que el impacto fiscal de las normas no puede convertirse en óbice y barrera para que las corporaciones públicas ejerzan su función legislativa y normativa.

En la realidad, aceptar que las condiciones establecidas en el artículo 7° de la Ley 819 de 2003 constituyen un requisito de trámite que le incumbe cumplir única y exclusivamente al Congreso reduce desproporcionadamente la capacidad de iniciativa legislativa que reside en el Congreso de la República, con lo cual se vulnera el principio de separación de las Ramas del Poder Público, en la medida en que se lesiona seriamente la autonomía del Legislativo.

Precisamente, los obstáculos casi insuperables que se generarían para la actividad legislativa del Congreso de la República conducirían a concederle una forma de poder de veto al ministro de Hacienda sobre las iniciativas de ley en el Parlamento.

Es decir, el mencionado artículo debe interpretarse en el sentido de que su fin es obtener que las normas que se dicten tengan en cuenta las realidades macroeconómicas, pero sin crear barreras insalvables en el ejercicio de la

función legislativa ni crear un poder de veto legislativo en cabeza del ministro de Hacienda.

Al respecto del impacto fiscal que los proyectos de ley pudieran generar, la Corte ha dicho:

Las obligaciones previstas en el artículo 7 de la Ley 819 de 2003 constituyen un parámetro de racionalidad legislativa, que está encaminado a cumplir propósitos constitucionalmente valiosos, entre ellos el orden de las finanzas públicas, la estabilidad macroeconómica y la aplicación efectiva de las leyes. Esto último en tanto un estudio previo de la compatibilidad entre el contenido del proyecto de ley y las proyecciones de la política económica, disminuye el margen de incertidumbre respecto de la ejecución material de las previsiones legislativas. El mandato de adecuación entre la justificación de los proyectos de ley y la planeación de la política económica, empero, no puede comprenderse como un requisito de trámite para la aprobación de las iniciativas legislativas, cuyo cumplimiento recaiga exclusivamente en el Congreso. Ello en tanto (i) el Congreso carece de las instancias de evaluación técnica para determinar el impacto fiscal de cada proyecto, la determinación de las fuentes adicionales de financiación y la compatibilidad con el marco fiscal de mediano plazo; y (ii) aceptar una interpretación de esta naturaleza constituiría una carga irrazonable para el Legislador y otorgaría un poder correlativo de veto al Ejecutivo, a través del Ministerio de Hacienda, respecto de la competencia del Congreso para hacer las leyes. Un poder de este carácter, que involucra una barrera en la función constitucional de producción normativa, se muestra incompatible con el balance entre los poderes públicos y el principio democrático. Si se considera dicho mandato como un mecanismo de racionalidad legislativa, su cumplimiento corresponde inicialmente al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, una vez el Congreso ha valorado, mediante las herramientas que tiene a su alcance, la compatibilidad entre los gastos que genera la iniciativa legislativa

y las proyecciones de la política económica trazada por el Gobierno. (...). El artículo 7 de la Ley 819/03 no puede interpretarse de modo tal que la falta de concurrencia del Ministerio de Hacienda y Crédito Público dentro del proceso legislativo afecte la validez constitucional del trámite respectivo. (Sentencia C-315 de 2008).

Como lo ha resaltado la Corte, si bien compete a los miembros del Congreso la responsabilidad de estimar y tomar en cuenta el esfuerzo fiscal que el proyecto bajo estudio puede implicar para el erario, es claro que es el Poder Ejecutivo, por medio del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el que dispone de los elementos técnicos necesarios para valorar correctamente ese impacto, y a partir de ello, llegado el caso, demostrar a los miembros del órgano legislativo la viabilidad financiera de la propuesta que se estudia, siendo un asunto de persuasión y racionalidad legislativa, no de prohibición o veto.

4. CONFLICTO DE INTERESES

Dando cumplimiento a lo establecido en el artículo 3 de la Ley 2003 del 19 de noviembre de 2019, por la cual se modifica parcialmente la Ley 5 de 1992 es pertinente señalar que según lo dispuesto por el artículo 286 del Reglamento del Congreso se entiende como conflicto de interés una situación donde la discusión o votación de un proyecto de ley o acto legislativo o artículo, pueda resultar en un beneficio particular, actual y directo.

La precitada norma establece las siguientes definiciones:

- a. *“Beneficio particular: aquel que otorga un privilegio o genera ganancias o crea indemnizaciones económicas o elimina obligaciones a favor del congresista de las que no gozan el resto de los ciudadanos. Modifique normas que afecten investigaciones penales, disciplinarias, fiscales o administrativas a las que se encuentre formalmente vinculado.*

- b. Beneficio actual: aquel que efectivamente se configura en las circunstancias presentes y existentes al momento en el que el congresista participa de la decisión.*
- c. Beneficio directo: aquel que se produzca de forma específica respecto del congresista, de su cónyuge, compañero o compañera permanente, o parientes dentro del segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.”*

En ese sentido, se estima que de la discusión y aprobación del presente Proyecto de Ley no podría generarse un conflicto de interés en consideración al interés particular, actual y directo de los congresistas, de su cónyuge, compañero o compañera permanente, o parientes dentro del segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, por cuanto se tratan de disposiciones de carácter general que garantizar la austeridad en el gasto público y a su vez la utilización desmedida de la contratación directa bajo la causal de prestación de servicios y de apoyo a la gestión.

De igual forma, es pertinente señalar que la anterior manifestación sobre una ausencia de posibles conflictos de interés que se puedan presentar frente al trámite del presente Proyecto de Ley, conforme a lo dispuesto en el artículo 291 de la ley 5 de 1992 modificado por la ley 2003 de 2019 no exime al Congresista de identificar causales adicionales.

5. CONTENIDO DE LA INICIATIVA

La iniciativa que se somete a consideración del Congreso de la República contiene en su texto, doce (12) artículos.

El artículo 1º, que determina el objeto.

El artículo 2º, modifica y adiciona el artículo 10 de la Ley 1427 de 2011.

El artículo 3º, delimita el ámbito de aplicación de la ley.

El artículo 4º, establece los principios.

El artículo 5º, establece la obligación de las entidades del orden nacional y territorial de contar con inventario de actos administrativos o repositorio.

El artículo 6º, actualización del Sistema Único de Información Normativa.

El artículo 7º, interoperabilidad de los sistemas de información.

El artículo 8º, contempla el cambio de precedente.

El artículo 9º, seguimiento de la presente ley e informe al Congreso.

El artículo 10º, autorización de asignación presupuestal.

El artículo 11º, reglamentación por parte del Gobierno Nacional.

El artículo 12º, vigencia y derogatorias.

Cordialmente,

SANTIAGO OSORIO MARÍN

Representante a la Cámara