

EL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO*

ADMINISTRATIVE PRECEDENT IN THE COLOMBIAN LEGAL ORDER

Jesús David Londoño Bedoya **

Fecha de recepción: 24 de abril de 2014 - **Fecha de aprobación:** 01 de agosto de 2014.

Forma de citar este artículo en APA:

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

Resumen

El presente artículo pretende demostrar el carácter vinculante que posee el Precedente Administrativo en el ordenamiento jurídico colombiano. El cual, a través de la aplicación de los principios generales del Derecho consagrados en la Constitución, la interpretación que de ellos realiza la Corte Constitucional, y algunos desarrollos legales, encuentra aplicación en la actividad administrativa desarrollada por los órganos del Estado. En cuanto a la metodología empleada en el artículo, se realizó un rastreo bibliográfico a través de diferentes autores, algunas sentencias de la Corte Constitucional y algunas leyes colombianas. Esto hace del artículo un trabajo de carácter descriptivo, en el cual se concluye finalmente, que el Precedente Administrativo encuentra en el sistema jurídico colombiano los fundamentos suficientes para demostrar su existencia y su vinculatoriedad en las entidades administrativas del Estado.

Palabras clave: Precedente Administrativo, Discrecionalidad Administrativa, Principios Generales del Derecho, Precedente Judicial Administrativo, Fuerza Vinculante.

* Este artículo fue desarrollado en el marco de la investigación denominada el Precedente Administrativo en Colombia, realizada con el fin de optar al título de Maestría en Derecho Administrativo en la Universidad Externado de Colombia.

** Abogado, Universidad de Caldas (2010); Magíster en Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia (2013); Docente catedrático de la Facultad de Derecho de la Fundación Universitaria Luis Amigó - Sede Manizales. Correo electrónico: jdlb_89@hotmail.com

Abstract

The following article pretends to demonstrate the binding character of the Administrative precedent in the Colombian judicial order. In which, through the application of the general principles of the law embodied in the constitution, the interpretation made by the constitutional court, and some legal developments, there is the application of the administrative activity developed by the state. As for the methodology employed in the article, there is a bibliographic analysis of different authors, some verdicts of the constitutional court and some Colombian laws. Thus, this article is descriptive, and it concludes that the administrative precedent finds in the Colombian judicial system, the enough grounds to demonstrate its existence and its binding force in the state administrative entities.

Keywords: Administrative Precedent, Administrative Discretion, General Principles of the Law, Judicial Administrative Precedent, Binding Force.

INTRODUCCIÓN

Es difícil encontrar en la doctrina nacional un amplio desarrollo sobre el tema del Precedente Administrativo, de ahora en adelante P.A.; en términos de Santofimio Gamboa (2010), puede sostenerse que el tema se encuentra ausente de la discusión doctrinal ordinaria en relación con las materias básicas del derecho administrativo. Sin embargo, vale rescatar frente al P.A., dos trabajos recientes que han elaborado algunos nacionales, y a los cuales me referiré más adelante, como son los trabajos de Ortiz Vaquero (2010) y Jaramillo Hoyos (2011).

Aun así, se pretende mediante el presente escrito, elaborar un análisis de la figura del P.A. en nuestro ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta su desarrollo legal, jurisprudencial y en el caso de las anteriores referencias, doctrinal. Por lo cual, se propone entonces, revisar detalladamente la discrecionalidad administrativa y los principios constitucionales del ordenamiento jurídico colombiano. Analizar los aportes que la jurisprudencia y la ley han traído frente a la misma figura, realizando un análisis de lo que diferentes autores han referenciado acerca del mismo tema. Y por último, llegar a lo que considero, constituye la teoría del P.A. en nuestro país.

1. LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA Y EL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO

La discrecionalidad administrativa y el P.A. son dos instituciones del derecho administrativo que se encuentran muy relacionadas. Puede afirmarse que el ejercicio de facultades discrecionales de la administración, se convierte en el ambiente ideal para la aplicación del P.A.

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.

Ahora bien, a pesar de que son bastantes las definiciones que se tienen sobre la discrecionalidad administrativa, se ajusta mejor al concepto de la misma aquella que señala Marín Hernández (2007) en su trabajo, según la cual, la discrecionalidad administrativa hace referencia a un

margen de relativa libertad decisonal que el ordenamiento jurídico confiere a la administración para apreciar o integrar el interés público en el caso concreto, margen que se deriva de la expresa atribución normativa que de él se hace, o de la escasa densidad o la imprecisión de las disposiciones que regulan la actividad administrativa, y que se traduce en la posibilidad de completar el supuesto de hecho imperfecto, incompleto o inacabado de la norma que atribuye la facultad, estableciendo los criterios objetivos -aún de componente extrajurídico- en que se basa la decisión mediante la cual se procura la máxima satisfacción posible del mencionado interés público a efectivizar en cada supuesto específico (p. 177).

Esta definición es la que permite identificar claramente los elementos más importantes que definen la discrecionalidad administrativa, entre ellos el margen de libertad decisonal que tiene la administración, para resolver un caso concreto, y en el cual debe tener muy en cuenta el interés público.

De acuerdo con lo anterior, a la administración pertenece cierto espacio de decisión que sin un control efectivo por parte de alguna figura jurídica puede desbordarse y desembocar en la arbitrariedad. He aquí el momento en el que la doctrina del P.A. se hace necesaria para garantizar la eficacia de los derechos de los administrados, máxime cuando en nuestro país como lo señala el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante CPACA (Ley 1437, 2011, art. 44), “en la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa”. Cabe recordar que toda norma del ordenamiento jurídico debe estar adecuada

a los fines y principios de la Constitución, es decir los mismos que referenciaremos en el presente trabajo como los fundamentos del P.A. De esta manera, el P.A. se convierte en un límite al margen de apreciación que tiene la administración dentro del ejercicio de las facultades discrecionales.

La discrecionalidad administrativa se convierte entonces en el caldo de cultivo en donde la figura del P.A. aparece como la más eficaz alternativa para favorecer el respeto por los principios constitucionales, entre los cuales se encuentran el principio de igualdad ante la ley, la confianza legítima de los administrados, seguridad jurídica y el principio de buena fe.

2. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO CONSAGRADOS EN NUESTRA CONSTITUCIÓN Y EL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO

Dentro de la normatividad que rige todo Estado de Derecho existen gran cantidad de principios que ayudan a integrar las normas del ordenamiento jurídico y cuya función puede resaltarse mejor en el caso que existan lagunas dentro del ordenamiento jurídico, las cuales deben ser llenadas a través de la interpretación que se realice de los mismos. Los principios generales del Derecho, como se desprende de la lectura que se realice a Díez Picazo (1982, p. 9), estén consagrados o no, tienen el carácter de ser informadores del ordenamiento jurídico, y constituyen criterios básicos de interpretación, de lo cual adquieren su valor vinculante.

En nuestro ordenamiento jurídico, puede verse la estipulación de diversos principios generales del Derecho. De un vistazo a la Constitución Política (1991) podemos extraer: primero, en su Preámbulo, la consagración expresa de algunos principios como el de Igualdad, el cual debe ser asegurado por parte del Estado a través del ordenamiento jurídico. Segundo, en su artículo 2, se prevé la garantía de los principios, como fines esenciales del Estado: “servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”. Y seguidamente, en diversos artículos, en donde se consagran derechos fundamentales, también se evidencia la tipificación de algunos principios generales del Derecho, como principios constitucionales.

Ahora bien, desde el punto de vista del derecho administrativo los principios constitucionales son fundamentales para garantizar al administrado el respeto de sus derechos, máxime cuando la administración en muchos casos se ve investida de potestades discrecionales, en donde los principios constitucionales actúan como garantías y mecanismos de control frente a dichas potestades.

En Colombia, de acuerdo al CPACA (Ley 1437, 2011, art. 2), que rige para todas las actuaciones administrativas de las entidades públicas, “todas las autoridades deberán 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”. Así mismo, se dispone que “las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad”.

El P.A. como figura autónoma, que como se indicó en el capítulo anterior, encuentra en la discrecionalidad administrativa la posibilidad de surgir, reporta gran utilidad a la hora de amparar principios constitucionales como la igualdad, la seguridad jurídica, la buena fe y la confianza legítima.

Según Diez Picazo (1998, p. 10), la mayor parte de la doctrina española coincide en afirmar que el fundamento del carácter vinculante del P.A. radica en el principio de igualdad y otros complementarios.

A través de la doctrina, se han relacionado gran cantidad de principios que nos pueden llevar a la fundamentación de la doctrina del P.A. y que coadyuvan al reconocimiento de dicha figura dentro del ordenamiento jurídico a pesar de no contar con expresa consagración legal. Sin embargo, para el caso colombiano de acuerdo con la sentencia C-537 de 2010, los principios por medio de los cuales se fundamenta la figura del P.A., como se verá más adelante son: igualdad, seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima.

Así pues, con base en los principios anteriormente relacionados y en la regulación que a través de la Ley 1340 de 2009 se dio a la figura del P.A., es que se pretende hablar en el presente trabajo de la consolidación de dicha figura dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

3. LA SENTENCIA T- 545 DE 2004 Y SU APORTE A LA TEORÍA DEL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO

El papel que desempeña esta jurisprudencia en el desarrollo de una teoría sobre el P.A. 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.

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 2004, tal cual ocurrió en la sentencia T-334 de 1998, la Corte Constitucional habla de la existencia de la figura jurídica que pretendemos analizar mediante el presente trabajo, el P.A. Sólo que en esta oportunidad la desarrolla más a fondo, y no sólo la enuncia como ocurrió en el año 98.

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 José Alirio Gonzales Muñoz, quien fuera trabajador oficial del INVÍAS, en contra de la misma entidad. Por medio de esta acción el señor Gonzales Muñoz 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 IN-

VÍAS en el caso de Gonzales Muñoz 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 señor Gonzales Muñoz, que había trabajado la cantidad de 10.163 días, no pudo acceder a la pensión y le fue negada por el INVÍAS. Esto según el señor Gonzales Muñoz vulneraría su derecho a la igualdad por parte de la administración, ya que no fue cobijado por la misma interpretación acogida para conceder la pensión al señor Morera Rojas, puesto que de habersele dado un trato igualitario, sí habría tenido derecho a disfrutar de su pensión. El anterior, constituye el típico caso en el cual existe un P.A., 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 Gonzales Muñoz como el de Morera Rojas se encontraban en las mismas circunstancias fácticas, esto es, ambos como ex trabajadores del INVÍAS 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, no debería existir divergencia alguna en la respuesta a lo solicitado.

La Corte Constitucional (Sentencia T 545, 2004) en el presente caso señaló que era indudable la existencia de un trato diferente por parte del INVÍAS, 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 sí cambió. Esto como consecuencia de haber acogido un concepto jurídico distinto al que se acogió con anterioridad para conceder la pensión al primero de los trabajadores que la solicitó. Adicionalmente, señala la Corte que:

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 INVÍAS, 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 (Sentencia T 545, 2004, p. 19).

Así las cosas, es evidente que ante los casos que se presentaron en el INVÍAS, habiéndose encontrado ambos casos dentro de las mismas circunstancias fácticas, se actuó de manera diferente, desatendiendo el P.A. Sin embargo, esto es perfectamente posible dentro de una teoría que propende por el respeto de la figura del P.A., 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 (Sentencia T 545, 2004, p.18).

Ahora bien, para el caso concreto:

La 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 INVÍAS, 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 (Sentencia T 545, 2004, p. 19).

Así pues, para la Corte Constitucional, en el caso de referencia, si bien se presentaron las mismas circunstancias fácticas entre el señor Gonzales Muñoz y Morera Rojas, el INVÍAS justificó de manera adecuada el cambio de criterio 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 de 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 P.A., 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 en esta sentencia la Corte Constitucional dentro de la teoría del P.A. Por un lado implica la existencia del mismo, teniendo en cuenta que la prédica de la figura del precedente no es exclusiva de los órganos judiciales del Estado. Y por otro, 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 1998.

De lo anterior, podemos extraer el carácter *prima facie* vinculante de los P.A. 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 se aparten de sus interpretaciones anteriores o de las interpretaciones de sus superiores, también puede la administración variar su posición jurídica en determinado caso.

4. EL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO ESPECIAL. UN APOORTE DE LA LEY 1340 DE 2009 Y LA SENTENCIA C-537 DE 2010 COMO A 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 P.A. 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 P.A. en nuestro país es sin duda la expedición de la Ley 1340 de 2009 “Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia”.

Según esta 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". Este concepto de doctrina probable nos llevará a verificar la existencia de un tipo especial de P.A. en nuestro país.

Ahora bien, el 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 de inconstitucionalidad por parte de algunos juristas, los cuales indicaron que el artículo 24 de dicha Ley era violatorio de la Constitución, por cuanto 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.

A pesar de lo anterior, 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 P.A. en nuestro país, ya que de acuerdo con 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 con el análisis realizado por la Corte, como lo señala Ortiz Vaquero (2010, p. 5), 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 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 Constitucional, 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 P.A., la Corte no enfatiza demasiado como sí lo hace frente a la figura de la doctrina probable, la cual, como 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 (Corte Constitucional, sentencia C 836 de 2001, p.16).

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 administrativo. Esto quiere decir que la Corte Constitucional al hablar de doctrina probable hace referencia a la vinculación de las entidades públicas a la doctrina del P.A. “En ese caso lo que se presenta es una vinculación más formal al precedente administrativo”. Al respecto, Ortiz Vaquero (2010, p. 17) señala que la Corte reconoció valor normativo al P.A. 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 con los postulados de la sentencia C-836 de 2001, 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 P.A. como figura autónoma.

Frente a lo anterior, debo decir que la Ley 1340 de 2009, representa la aparición de una especie de P.A., que se presenta específicamente al interior de la actividad administrativa desarrollada por la Superintendencia de Industria y Comercio¹. Puede afirmarse entonces que la doctrina probable a la que hace referencia la Ley 1340 de 2009 es una especie, dentro del género del P.A. Lo anterior, por cuanto resulta válido que el legislador regule sobre una figura que viene abriéndose camino hacia su consolidación en nuestro ordenamiento jurídico, en este caso de manera especial. Esta vez, el Congreso de la República, por medio de la Ley referida, le otorga mayor formalidad a la figura del P.A., cuando este se presenta en sede de la SIC, es decir, al Precedente Administrativo Especial. 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 Especial. Estos sustentos, como bien señala Ortiz Vaquero (2010, p. 21), 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 regular (Corte Constitucional, sentencia C-836 de 2001, p. 25).

Para la Corte, 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

¹ En lo sucesivo se utilizará la sigla SIC para referirse a la Superintendencia de Industria y Comercio.

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 especial², 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 Vaquero (2010), 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, los cuales por la naturaleza de sus funciones le corresponden.

De esta manera puede evidenciarse, como bien lo indica Ortiz Vaquero (2010), que el Precedente Administrativo Especial, P.A.E., el cual se presenta en sede de la SIC 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 tanto el uno como el otro revisten 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 2004, que como se vio anteriormente indicó la existencia del P.A. en nuestro ordenamiento jurídico, 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.

En concordancia con lo anterior, 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 esta 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 legítima” (Corte Constitucional, C-537, p. 43).

En el sentir anterior, anota Marín Hernández (2007, p. 388), que una vez adoptado un criterio de actuación por parte de la administración, su modificación o la adaptabilidad de un criterio diferente, aun siendo legítimamente válido, debe exponerse con las razones que motivaron el cam-

² En lo sucesivo se utilizará la sigla P.A.E. para referirse al Precedente Administrativo Especial.

bio 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 P.A.

Señala Ortiz Vaquero (2010, p. 23), citando a Diez Sastre (2008), que el P.A. constituye un factor de mayor seguridad y confianza para los administrados, que conociendo las decisiones previas de la entidad pueden prever con un cierto 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 Hoyos (2010, p. 123), 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 P.A.E. Se piensa 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 Jaramillo (2010, p. 123). Habrán 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 P.A. cumple su mayor propósito de asegurar el respeto por los principios de seguridad jurídica y confianza legítima de los administrados; en términos de Ortiz Díaz (1957, p. 94) opera en el ejercicio

de la potestad discrecional. Adicional a lo anterior debe decirse que la confianza legítima se ve favorecida con la reiteración de pronunciamientos que se presenta en el P.A.E., 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.

El respeto por el P.A., materializa 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 (P.A.E.) 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 P.A., esto es el P.A.E., el cual se presenta 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 P.A.E. y este sea vinculante. Lo cual no es incompatible con los principios referidos.

En el mismo sentir anterior, afirma Marín Hernández (2007, p. 389) que la resolución de casos de características similares durante un tiempo genera no únicamente una práctica y unos antecedentes que no solo orientan sino que también vinculan la solución de nuevos casos posteriores.

El P.A. 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 el caso de la SIC, aplica el P.A.E., el cual necesita de ella reiteración para poder configurarse.

En muchos casos, como sucede con la doctrina probable de la SIC, ha de aplicarse la vinculación al precedente 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 Vaquero (2010, p. 25), que en ocasiones se estaría frente a un caso de auto precedente 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 P.A. 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” (Ley, 1340, 2009, art. 24), para que la administración, en el caso de la SIC se vincule al P.A., como un caso especial del mismo. 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 P.A., 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 P.A. sea respetado y acatado para la futura decisión que adopte la administración.

CONCLUSIONES

Luego de haber analizado los diferentes puntos del presente artículo, conviene extractar lo que en particular representa el concepto de P.A. en nuestro país.

En primer lugar que, en ningún momento el ordenamiento jurídico colombiano hace referencia a la figura del P.A. con el mismo nombre. Por el contrario, este concepto que ha sido muy tratado por parte de la doctrina a nivel mundial, tiene una figuración marginal en Colombia. Su presencia puede extraerse de manera tácita de algunos apartes del ordenamiento jurídico y de la misma manera puede demostrarse su existencia dentro del mismo. Así pues, su no consagración expresa no impide que se demuestre su existencia en nuestro ordenamiento jurídico.

Así las cosas, del P.A. en Colombia puede decirse que es aquella figura jurídica que en virtud de los principios de buena fe, seguridad jurídica, igualdad, y confianza legítima, vincula a la administración, y la obliga a seguir una línea de decisión cuando se resuelvan conflictos por vía administrativa, siempre y cuando subsistan las mismas circunstancias de Hecho y de Derecho.

Este tipo de precedente encuentra como mejor escenario para su desarrollo el ejercicio de las facultades discrecionales de la administración, en donde esta puede tener cierto margen de decisión; dentro del cual el P.A. actúa basándose en los principios de igualdad, seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima; para favorecer y defender los derechos de los administrados y ofrecer seguridad jurídica a los mismos, afianzando las bases del Estado de derecho.

En el caso Colombiano, aparte del P.A. general, existe una especie al cual se vincula la administración en virtud de la denominada doctrina probable, el P.A.E. Esto ocurre en el caso de la Superintendencia de Industria y Comercio, tal cual lo definió la Ley 1340 de 2009, y como fue ratificado por la sentencia C-537 de 2010. En este tipo de vinculación al P.A.E., se exige la reiteración de pronunciamientos. Así pues, se requieren tres decisiones uniformes sobre un mismo asunto, para que la administración tenga la obligación de seguir la misma línea de decisión, y fundamentar y sustentar de la mejor manera el hecho de apartarse de la misma.

Ahora bien, en cuanto a su modificación o la adopción de un criterio diferente al P.A. o al P.A.E., tenemos que, aun siendo legítimamente válido el nuevo criterio, deben exponerse las razones que motivaron el cam-

bio de orientación. El no hacerse de esta manera, violaría 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. Esto de acuerdo a los postulados expuestos en la sentencias T-334 de 1998 y T-545 de 2004.

En cuanto a su carácter vinculante debe decirse que el P.A., realmente obliga a la administración, al punto que, los administrados están en condiciones de solicitar por vía de la acción contenciosa administrativa, si aún no ha caducado, como medio ordinario de defensa, o por vía de la acción de tutela en los casos en que no existan medios judiciales de defensa o pueda producirse un perjuicio irremediable.

Así pues, el P.A., en sus dos manifestaciones, encuentra en nuestro sistema jurídico colombiano los fundamentos suficientes para demostrar su existencia y para poder afirmar sin lugar a equívocos que sí tiene fuerza vinculante dentro del ordenamiento.

REFERENCIAS

Colombia, Corte Constitucional (1998, 6 de julio). "Sentencia T-334". En el proceso de acción de tutela instaurada por Jairo Hernán Tavera Villalba. Magistrado Ponente Barrera Carbonell, A., Bogotá. [En línea]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-334-98.htm>

Colombia, Corte Constitucional (2001, 9 de agosto). "Sentencia C-836". Magistrado Ponente Martínez Caballero, A., Bogotá. [En línea]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-836-01.htm>

Colombia, Corte Constitucional (2004, 28 de mayo). “Sentencia T-545”. En el proceso de acción de tutela promovido por el señor Jesús Aliario Muñoz González. Magistrado Ponente Montealegre Lynett, E., Bogotá. [En línea]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-545-04.htm>

Colombia, Corte Constitucional (2010, 30 de junio). “Sentencia C-537”. Magistrado Ponente Henao Pérez, J. C., Bogotá. [En línea]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-537-10.htm>

Colombia. Congreso de la República (2009, 24 de junio). 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

Colombia. Congreso de la República (2011, 18 de enero). Ley 1437 del 18 de enero de 2011 “por medio de la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”. [En línea] Disponible en el link alojado en la página de internet: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2011/ley_1437_2011.html

Díez Picazo, L. (1982). La Doctrina del Precedente Administrativo. *Revista de Administración Pública*, 2 (98), 7-46.

Giannini, M. S. (1993). *Diritto amministrativo*. Milano: Giuffrè.

Jaramillo Hoyos, A. (2011). El precedente Administrativo en la Ley 1340 de 2009. *Revista del derecho de la Competencia*, 7(7). Recuperado de: http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_colecc/documents/5elprecedente.pdf.

- Marín Hernández, H. (2007). *Discrecionalidad Administrativa*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ortiz Díaz, J. (1957). El Precedente Administrativo. Universidad de Sevilla. [En línea] Disponible en la página de internet alojada en el link: <http://www.cepc.gob.es/eu/argitalpenak/aldizkariak/aldizkari elektronikokoak?IDR=1&IDN=24&IDA=21996>
- Ortiz Vaquero, I. (2010). 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*, 9(2). Recuperado de: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.icle&op=view&path%5B%5D=2623&path%5B%5D=2260>.
- Santofimio Gamboa, J. O. (2010). *La fuerza de los precedentes administrativos en el sistema jurídico colombiano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.