

C3110.022.2009



Cra. 10a. No. 17-18 Piso 9 – PBX: [571] 3186800 – Fax: [571]3186790 – Línea Gratuita: 018000 120205  
Sitio Web: www.auditoria.gov.co – Correo-e: correspondencia@auditoria.gov.co – Bogotá D.C.- Colombia

AUDITORÍA GENERAL  
DE LA REPÚBLICA



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20091100007151

Fecha: 25-02-2009

Bogotá D.C.,  
O.J. 110-022-2009

Devolver Copia Firmada

1/18076409CO  
26 FEB. 2009

Señora:  
**SANDRA PATRICIA ACOSTA SANTACRUZ**  
Carrera 29 A 18-09, Oficina 303.  
Edificio LEFACOP.  
Pasto – Nariño.

Ref.: Rad. No. 2009-233-006577-2 de fecha 16 de enero de 2009.  
Solicitud Concepto. SIQ 110- 2009-2.

En escrito usted consulta, si la Contraloría General de la Republica y las contralorías territoriales, al adelantar los procesos de responsabilidad fiscal, están obligadas al cumplimiento del precedente administrativo o pueden variar de criterios jurídicos para establecer responsabilidad fiscal o no. Como sucedería en el caso en que una segunda instancia revocara sin fundamento jurisprudencial o doctrinal una decisión de primera instancia que había fundamentado su decisión en motivaciones de esa segunda instancia y que ya habían servido como precedente administrativo para la primera instancia.

De otra parte consulta cuales serían las acciones administrativas o judiciales que podría utilizar el afectado para restablecer derechos conculcados especialmente el derecho a la igualdad, en el caso que esas decisiones de la segunda instancia generen un trato discriminatorio.

Antes de proceder a dar respuesta a su solicitud, nos permitimos indicar que, dadas las funciones constitucionales y legales asignadas a la Auditoría General de la República, no puede este ente de control tener injerencia en la toma de decisiones que sean de competencia de las entidades vigiladas, ya que nos corresponde un control posterior y selectivo de su gestión fiscal. Por tanto nos abstenemos de emitir conceptos sobre asuntos o situaciones particulares individuales o concretas que puedan llegar a ser sometidos a vigilancia. Así, se abordará el tema de manera general y abstracta.

*Referencia*  
FEB 26/09

26 FEB. 2009

*260707*  
*11:00*



Un funcionario administrativo en cada una de sus decisiones debe aplicar el derecho acatando la Constitución y la ley; aún así, no todas las decisiones que adopta en aplicación de una norma son iguales, toda vez que cada caso concreto es diferente y puede generar variadas interpretaciones en su definición.

En principio, los funcionarios deben interpretar las normas en forma homogénea, sin embargo en la toma de sus decisiones tiene cierta discrecionalidad interpretativa que en ningún momento puede ser arbitraria, ni caprichosa en perjuicio de los derechos fundamentales de los administrados. El administrador puede variar la forma en que ha venido interpretando una disposición lo cual se traduce en ocasiones en un cambio del precedente administrativo, que debe ser argumentado de forma razonada y justificada para que el trato diferente del caso concreto sea legítimo.

Es preciso citar lo manifestado por la Corte Constitucional<sup>1</sup>, que acerca de las decisiones adoptadas por la administración señaló: "...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<sup>2</sup>, respetando obviamente las diferencias que existan entre ambas situaciones, (ii) ser concientes 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..."*

<sup>1</sup> Corte Constitucional T-545 de 2004.

<sup>2</sup> Sobre las razones que justifican el cambio de precedente en materia jurisprudencial, véase la Sentencia C-266 de 2002. En esta oportunidad la Corte Constitucional modifica su propio precedente en materia de concursos cerrados en el contexto de las carreras administrativas especiales. En materia de tutela, la Corte ha avanzado algunos de los lineamientos que deben guiar la actividad jurisdiccional al momento de restringir, ampliar o modificar precedentes. Esta labor se ha adelantado en el contexto del control jurisdiccional de la arbitrariedad judicial; algunos de los criterios para ello fueron desarrollados en las sentencias T-114 de 2002 y T-461 de 2003, entre otras.



El proceso de responsabilidad fiscal de acuerdo a la ley 610 de 2000, tiene establecido, un procedimiento conformado por etapas que garantizan al procesado, elementos de defensa y contradicción compatibles con el orden constitucional. La situación del procesado se encuentra contextualizada en una situación concreta a la cual le es aplicable una norma jurídica de acuerdo a la interpretación que en relación con los hechos y las pruebas le de el operador jurídico, adoptando una decisión que por lo general tiene en cuenta interpretaciones jurisprudenciales, criterios, directrices u orientaciones trazadas por las autoridades a quienes se les reconoce esta competencia.

De acuerdo a lo planteado es pertinente citar el pronunciamiento de la Corte Constitucional que expresó: *“...Con el fin de asegurar la debida ejecución y aplicación de la ley, el poder reglamentario reconocido a diversas autoridades en diferentes normas de la Constitución constituye el instrumento para determinar, a través de actos reglamentarios, los criterios u orientaciones que deben seguir los funcionarios administrativos en la aplicación de la ley, e incluso se acude a las llamadas instrucciones de servicio para asegurar la uniformidad de la acción administrativa en lo que concierne con la aplicación de las normas a sus destinatarios, con lo cual se busca hacer efectivo el principio de la igualdad de protección y trato por las autoridades...”*

La administración tiene la posibilidad de variar legítimamente una posición jurídica cuando concurren ciertas circunstancias, y de dar un trato diferenciado justificado y razonado a dos situaciones semejantes lo que no genera discriminación ni violación del derecho de igualdad. En cambio cuando no existen argumentos que justifiquen el cambio de interpretación y la separación del precedente administrativo se genera decisiones arbitrarias, caprichosas y desiguales que causan discriminación.

Relacionado con el tema del derecho a la igualdad señaló la Corte<sup>3</sup>, que: *“...De otro lado, la igualdad es un derecho relacional y a su vez es una garantía o un derecho procedimental, esto implica que no toda conducta que engendre un trato diferenciado sea per se controlable por el juez de tutela, o implique siempre una discriminación. En estos casos, es indispensable realizar un juicio de igualdad a partir de la identificación del tertium comparationis, su idoneidad y su razonabilidad. Ahora, como se acepta que en principio es legítimo que la administración varíe sus posiciones hermenéuticas, siempre y cuando se respeten los lineamientos del cambio del precedente, se ofrezca una suficiente motivación y no se presenten cambios súbitos o descontextualizados, la Corte en este punto le dará prevalencia a la subsidiariedad de la acción de tutela. Será entonces el juez natural de la relación laboral o pensional, el eventual encargado de pronunciarse en detalle sobre el punto...”*

<sup>3</sup> Corte Constitucional, T- 545 de 2004.



Se reitera que el trato diferenciado al administrado debe ser justificado y razonado, es oportuno mencionar el pronunciamiento de la Corte Constitucional<sup>4</sup> acerca del tema, así: *“En esta medida, las interpretaciones distintas deben estar fundamentadas en razones suficientes que sustenten el trato diferenciado que se produce en razón de esa divergencia. Sin embargo, el hecho de que deba existir una única aplicación, no permite al intérprete saber cuál de las interpretaciones posibles sea la correcta, ni indica cuál debe ser el sentido de la igualación. Tan sólo establece, se insiste, que, en principio, los funcionarios deben interpretar las normas en forma homogénea”*.

*“La determinación de la interpretación correcta de una norma legal o reglamentaria es una tarea que corresponde resolver a los jueces ordinarios al decidir los casos particulares sometidos a su conocimiento. En este orden de ideas, el juez constitucional, por vía de tutela, sólo estaría autorizado para establecer la interpretación más adecuada de normas de carácter legal o reglamentario cuando el perjudicado no disponga de medios judiciales ordinarios de defensa o cuando existiendo éstos se produce un perjuicio irremediable cuya remoción exige la procedencia transitoria de la acción de tutela.”*

Así las cosas, cuando respecto al administrado se adoptan decisiones de carácter particular y concreto que se considera ilegales, violan sus derechos y generan tratos discriminatorios lo procedente es que acuda a los mecanismos establecidos legalmente como puede ser:

- Agotamiento de vía gubernativa respecto de los actos administrativos proferidos.
- Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.
- Acción de nulidad.
- Acción de Tutela cuando se demuestre perjuicio irremediable.

De acuerdo a lo planteado, en caso que por una decisión en segunda instancia en un proceso de responsabilidad fiscal el procesado encuentre que se le dio un trato discriminatorio y violatorio del derecho a la igualdad podrá acudir:

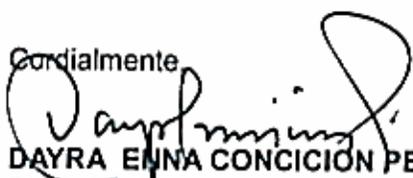
- A las acciones contenciosas administrativas de: nulidad (artículo 84 del C.C.A) y de nulidad y restablecimiento del derecho (artículo 85 del C.C.A).
- Al mecanismo de la Tutela demostrando la existencia de perjuicio irremediable; aún cuando exista otro mecanismo alternativo de defensa.

<sup>4</sup> Corte Constitucional, T-334 de 1998.



Seguros de resolver las inquietudes esta oficina advierte que este concepto se emite dentro de los parámetros establecidos en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, por lo tanto no tiene carácter obligatorio, ni fuerza vinculante.

Cordialmente

  
**DAYRA ENNA CONCICIÓN PERICO**  
Directora Oficina Jurídica

C.C. Fabrin Vasquez Mendieta,  
Auditor Delegado para la Vigilancia de la Gestión Fiscal.

Proyectó: Diana María Murcia Vargas  
Abogada Oficina Jurídica



*Dim*  
*Q 19-01/09*



**AUDITORÍA GENERAL**



Fecha: 18/01/2009 11:04:29  
Asunto: Traslado consulta.  
Destino: Auditoría delegada para la Vigilancia / Rem - -

Memorando No 2009-210-005693-3  
Us Rad. ACLOPATOFSKY

www.auditoria.gov.co - Auditoría General de la República

### MEMORANDO INTERNO

Bogotá D. C.,

210

**PARA:** Doctora Dayra Enna Concilión P., Jefe Oficina Jurídica

**DE:** Auditor Delegado para la Vigilancia de la Gestión Fiscal

**ASUNTO:** Radicado 2009-233-006577-2  
Solicitud Concepto. SIQ 110-2009-2

Por competencia, atentamente remito la consulta presentada por la peticionaria Sandra Patricia Acosta, relacionada con las acciones administrativas y jurídicas que se podrían presentar en caso de las decisiones arbitrarias de primera o segunda instancia en procesos de responsabilidad fiscal adelantados por la Contraloría general de la república o Contralorías Territoriales.

Agradezco enviar copia a la Auditoría Delegada para la Vigilancia de la Gestión Fiscal de la respuesta enviada a la peticionaria, con el fin de actualizar el Sistema SIQ, asignado como requerimiento No 110-2009-2.

Cordial Saludo,

  
**FABRIN VASQUEZ MENDIETA.**  
FVM / Maria G.  
Anexo: Ur (1) folio.

*Recibi  
Diana Patricia  
20-01-09  
hora 10:00am*

19 ENE. 2009

*Schubert  
eneo 19/09*

Imprimir este comentario - Volver al Índice

El(la) Ciudadano(a):

Sandra Patricia Acosta Santacruz

De:

Colombia - Nariño - Pasto

el día: 12/18/2008 6:13:27 PM Hizo el siguiente comentario:



Rad No 2009-233-006577-2

Fecha 14/01/2009 11:43:12

Us Rad. ACLOPATOFSKY

Asunto : CUMPLIMIENTO PROCESOS DE RESPONSABILIDAD FISCAL

Destino : / Rem CIU SANDRA PATRICIA ACOSTA SAN

www.auditoria.gov.co - Auditoría General de la República

Obrando en mi condición de ciudadana colombiana, solicito muy respetuosamente a la AUDITORIA GENERAL DE LA REPÚBLICA, al tenor del artículo 23 de la Constitución Política Nacional, Código Contencioso Administrativo, y demás normas, informarme por escrito: Si la CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA Y LAS CONTRALORIAS TERRITORIALES, al adelantar los respectivos procesos de responsabilidad fiscal, están obligadas al cumplimiento del PRECEDENTE ADMINISTRATIVO (Ver Sentencias T 334 de 1998 y T 545 de 2004), o simplemente, pueden variar de criterios jurídicos para establecer o no responsabilidad fiscal, según el sustanciador o responsable de la primera o segunda instancia procesal. Lo anterior, por cuanto se conocen casos, en los cuales, una segunda instancia, sin fundamento jurisprudencial o doctrinal en concreto, hace un trato discriminatorio en un proceso de responsabilidad fiscal, y revoca una decisión de primera instancia, que se motiva precisamente en decisiones previas DE esa segunda instancia, que han servido como precedente administrativo para la misma primera instancia. En caso que el trato sea discriminatorio, qué acciones administrativas o judiciales, son factibles ejercer para restablecer los derechos conculcados, especialmente, el derecho a la igualdad. Agradezco su gentil atención y colaboración, con el DERECHO DE PETICIÓN Y CONSULTA. Atentamente, SANDRA PATRICIA ACOSTA SANTACRUZ, C.C. 59.814.351 DE PASTO (NARIÑO), CARRERA 29 A 18-09, OFICINA 303, EDIFICIO LEFACOP - PASTO NARIÑO.

Información Adicional:

Id	339
Empresa	ACOSTA SANTACRUZ ABOGADOS
Cargo	Abogada Litigante
Dirección	CARRERA 29 A 18 - 09 OFICINA 303 EDIFICIO LEFACOP
Telefonos	7314600
Fax	7311849
Correo	spaslefacop@hotmail.com

Oficina de Planeación - Auditoría General de la República

14 ENE. 2009

ACOSTA  
3.000