

399

Bogotá D.C., 31 de octubre de 2001
OJ110

PARA: Dr. César Augusto López Botero
AUDITOR GENERAL DE LA REPÚBLICA

DE: Juan Fernando Romero Tobón
DIRECTOR DE LA OFICINA JURÍDICA

REFERENCIA: NUR 210-3-6255/445/02
Concepto sobre el proyecto de resolución competencias “[p]or la cual se unifican criterios para la expedición, publicación y archivo de los actos administrativos de carácter general de la Auditoría General de la República”

Señor Auditor,

En el oficio de la referencia se ha solicitado a esta Oficina conceptuar sobre el proyecto de resolución en referencia, preparado por la Auditoría Delegada para la Vigilancia de la Gestión Fiscal y a ello procede, no sin antes destacar que si bien es loable el propósito de unificación que se plantea, tal cometido debe definir de una manera clara su objeto. De otra parte, evaluar las ventajas de un proceso unificador de todas y cada una de las actuaciones de la Auditoría General de la República – AGR y no exclusivamente de los actos administrativos, tal y como se pasa a exponer.

▪ El acto administrativo

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han convergido en manifestar que el acto administrativo es la manifestación de la voluntad de la administración a través de una decisión que lleva inmersa la prerrogativa de producir efectos jurídicos. Al tenor de esa concepción tanto el Consejo de Estado como la Corte Constitucional han afirmado que el acto administrativo existe desde su expedición y su validez y eficacia están condicionadas a su publicación o notificación, según se trate de actos generales impersonales o abstractos, o de

concepto 110.030.2001

110.030.2001

19
12:15
2/10/01

actos de carácter particular, personal y concreto. En este punto, podemos traer a colación un pronunciamiento del Consejo de Estado en donde queda claro aquello que la jurisprudencia entiende por acto administrativo, así:

[...] acto administrativo es toda decisión ejecutoria de cualquier ente estatal o de un particular, en ejercicio de la función administrativa, y que por lo mismo, es una declaración de voluntad que crea, modifica o extingue una situación jurídica que en el ordenamiento jurídico puede ser particular y concreta o general! (Subraya fuera de texto)

Así mismo, se suelen clasificar los actos administrativos en materia procedimental, en actos definitivos y en actos preparatorios, entendiendo como definitivos o principales aquéllos que deciden resolviendo de fondo algún asunto o actuación administrativa y, como preparatorios o de trámite, los actos preliminares que la administración adopta para posteriormente proferir la decisión definitiva, como se lee a continuación:

Como es sabido, al lado de los actos administrativos que resuelven determinado asunto o actuación de esa índole (administrativa), conocidos como actos definitivos, existen los que sirven de medio para que los anteriores se pronuncien, llamados actos de trámite. Más, en ocasiones los últimos deciden, de manera directa o indirecta el fondo de los asuntos o actuaciones, asumiendo el carácter de definitivos.²

Así las cosas, no podemos entender como actos administrativos las órdenes administrativas, las circulares, los memorandos, los conceptos y demás actuaciones de la administración pues no son manifestaciones de la voluntad de la misma, y no tienen la entidad de un acto administrativo por no contener los dos requisitos que conforman estos últimos: decisión ejecutoria, y voluntad que genera efectos jurídicos.

No obstante, es importante señalar que esta clase de actuaciones de la administración, han sido considerados bajo el apelativo de actos

¹ CONSEJO DE ESTADO, Auto del 29 de enero de 1998, expediente 4767, Consejero Ponente Dr. Juan Polo Figueroa.

² GUSTAVO HUMBERTO RODRÍGUEZ, Derecho Administrativo, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1982, página 290.

administrativos de servicio, o meros actos administrativos que comportan manifestaciones de la administración sin contener decisiones, ni crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas; pero que son instrumentos dirigidos a dar a conocer su posición, orientar o instruir a la administración pública o a sus subalternos, sin ser de obligatorio cumplimiento. Por tanto, es claro que en esta clase de actuaciones no existe acto administrativo, en cuanto manifestación de la voluntad de la administración, susceptible de ser judicializado, como lo ha manifestado el Consejo de Estado en diferentes oportunidades. Al efecto vale la pena citar una de ellas, en donde se lee:

[...]la comunicación demandada no es un acto administrativo sometido a control de la jurisdicción contencioso administrativa, conforme con lo dispuesto en el artículo 83 del C.C.A. En efecto, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, procede contra un "acto administrativo" entendiéndolo éste como aquel acto emanado de una autoridad pública y que contiene una declaración de voluntad capaz de producir efectos jurídicos. De acuerdo con esta definición, la respuesta dada por el Director de Fiduciaria y Valores del Banco de la República al representante legal de la sociedad actora, no puede catalogarse como acto administrativo demandable, pues es claro, que por su forma y contenido (objeto) carece de los atributos que la ley y la doctrina le atribuye a los actos administrativos. En efecto, la comunicación demandada, contrario a lo que pretende hacer ver el apoderado judicial de la actora, precisamente por su "forma y contenido" no es un acto administrativo susceptible del control jurisdiccional.³

El tratadista Gustavo Penagos también distingue las clases de actuaciones administrativas cuando señala:

DIFERENCIA ENTRE EL ACTO ADMINISTRATIVO Y LOS MEROS ACTOS. El acto administrativo es una decisión del Estado, que crea, modifica o extingue una situación jurídica. En

³ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 30 de abril de 1998, radicación 8742, Consejero Ponente DR. Delio Gomez Leyva. En el mismo sentido se puede consultar, se puede consultar la reciente sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la cual se revisó una comunicación expedida por la Directora de Talento Humano de esta entidad, indicando que la misma no tiene el carácter de acto administrativo sino que corresponde a un acto de "mero enteramiento". Sentencia de 14 de agosto de 2001, Sección Segunda, Sala de descongestión para fallo, M.P. Lisenia García Hermann, Expediente 1999-7469, demandante Nyriam Murillo Murillo.

cambio, el acto administrativo de servicio, o llamados "meros actos administrativos", (sic) no crean, ni modifican, ni extinguen situaciones jurídicas. Los actos administrativos de servicio tiene por finalidad, como se dejo expuesto, dar a conocer el pensamiento del gobierno sobre determinadas áreas de la administración, o bien instruir, aconsejar y orientar la labor del ejecutivo como suprema autoridad administrativa.⁴

De todo lo anterior podemos concluir que los actos de la administración se pueden clasificar en:

1. Actos administrativos, y
2. Meros actos de la administración o de servicio.

A su vez los actos administrativos, según los efectos jurídicos que generen, pueden ser:

- Actos de carácter general, impersonal o abstracto, o
- Actos de carácter particular, personal, y concreto.

Y según el procedimiento pueden ser:

- Actos definitivos, y
- Actos de trámite

Por su parte los meros actos de la administración son muy variados. Entre ellos se tienen las notificaciones, certificaciones, inscripciones, conceptos, actas, circulares, órdenes internas, y comunicaciones como oficios y memorandos. Al referirse a ellos, el tratadista Julio A. Prat, apunta:

Los actos administrativos que no constituyen negocio para la doctrina italiana, reciben la denominación de meros actos administrativos. Estos son declaraciones de juicio o declaraciones de conocimiento. Son muy numerosos y variados y en algunos supuestos se trata de actos que producen efectos internamente de la administración. Veremos los principales; empezamos por los que son declaraciones de juicio:

⁴ GUSTAVO PENAGOS, El Acto Administrativo, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1992, página 141.

- a) Opiniones, dictámenes, pareceres.
- b) Propuestas
- c) Relaciones
- d) Juicios

En cuanto a las manifestaciones de conocimiento debemos señalar:

- e) Circulares y órdenes de servicio
- f) Manifestaciones de conocimiento
- g) Certificaciones
- h) Inscripciones
- i) Intimaciones
- f) Notificaciones.⁵

Pero además de esta clasificación doctrinal y jurisprudencial, la ley contempla aquellos actos administrativos que deben realizarse para que se cumpla un acto administrativo en firme, a los que denomina actos de ejecución, como se observa de lo previsto en el artículo 49 del Código Contencioso Administrativo, que a la letra dice:

No habrá recurso contra los actos de carácter general, ni contra los de trámite, preparatorios o de ejecución excepto en los casos previstos en forma expresa... (Subraya fuera de texto)

En desarrollo de lo anterior esta oficina considera que en la resolución en estudio, cuando se hable de actos administrativos deberían entenderse los autos y resoluciones que contengan una decisión de la entidad y creen, modifiquen o extingan una situación jurídica determinada, los demás, acudiendo a la doctrina, serán meros actos de la administración.

De este modo y tal y como está planteado el proyecto de resolución se podrían adoptar dos opciones. Bien restringirse a una uniformidad de expresión en los actos administrativos, o bien ajustarlo teniendo en cuenta las diferentes clases de actos de la administración y su alto nivel de diversidad temática, tal y como se indicó atrás. Para tal fin se debe tener en cuenta si la dimensión de normalización y unificación pretendidas en el proyecto atañe a aquellos a los cuales se expresa la voluntad de la administración o si, por el contrario, lo que se persigue es producir una homogenización hasta en lo más mínimo. Lo anterior atendiendo a que la rigurosidad de la forma y fondo de la expresión de

⁵ JULIO A. PRAT, Los Actos y los Contratos Administrativos, Tomos 3, volumen 2, Acali Editorial, Montevideo, 1978, páginas 52 a 55.

la administración debe ser absolutamente clara entratándose de los actos administrativos. No así de los denominados “meros actos administrativos”, en los cuales no existe dicho compromiso, a tal grado que, por ejemplo, los conceptos no obligan (Artículo 25 del Código Contencioso Administrativo). En consecuencia, el título de la resolución variaría según se unifiquen unos u otros actos de la administración, pero es necesario adelantar que el segundo escenario nos colocaría en presencia de una gran cantidad de actividades de la administración.

▪ **El proyecto de Resolución**

Sin perjuicio de lo anterior, sobre el proyecto revisado podemos mencionar:

En lo atinente a las facultades legales con fundamento en las cuales el Auditor General de la República expide el acto administrativo *sub examine*, sería conveniente anotar los numerales 10 y 13 del artículo 17 de del Decreto-ley 272 de 2000, el primero de los citados, por cuanto establece que es el Auditor General quien debe suscribir los actos y contratos de la entidad y el segundo porque lo faculta para adoptar las políticas, planes y estrategias necesarias para el adecuado funcionamiento administrativo de la AGR, funcionamiento que se traduce en los diferentes actos de la administración.

En cuanto al artículo 1º, titulado **Actos administrativos. Definiciones**, además de los ajustes recomendados anteriormente, resulta conveniente modificar su epígrafe para que abarque los mismos temas del contenido del artículo y adicionarlo incluyendo algunos actos administrativos que no fueron tenidos en cuenta como, por ejemplo, los autos interlocutorios y de trámite que, de conformidad con lo establecido en la normatividad que rige los procesos que se adelantan en la AGR (Ley 610 de 2000, Capítulos IV y V de la Ley 42 de 1993, Código de Procedimiento Civil y Código Contencioso Administrativo), deben proferirse, y de otros actos de la administración como las actas en materia de contratación que pueden ser actos administrativos definitivos cuando finalizan una relación contractual, y los hallazgos, que podríamos llamarlos también conceptos técnicos pues son la formulación de una opinión calificada, en cuanto resultado de las actividades de control que adelanta la entidad y a su vez el fundamento para el ejercicio de las acciones resarcitorias y sancionatorias que le asisten.

Respecto del artículo 2º titulado **Competencia para la expedición de los actos administrativos**, también es válida la recomendación general, pero además es conveniente anotar que se omitió la competencia que tiene el Secretario General para expedir actos administrativos en materia contractual y de personal, en desarrollo de la delegación de funciones efectuada mediante resolución 016 de 2001. En la misma forma, en relación con los conceptos, solamente se tuvo en cuenta los de carácter jurídico, pero ¿qué sucede entonces con los conceptos técnicos que soliciten, teniendo en cuenta que la AGR es un ente de control fiscal de la misma naturaleza que la Contraloría General de la Republica, y en tal virtud tiene tal carácter?

Como en el mismo artículo se tratan actos administrativos y otras manifestaciones de la administración sería conveniente modificar su epígrafe o excluir lo pertinente.

Con relación al artículo 3º, **Aspectos organizacionales**, cabe anotar que en el numeral 3.2 resulta poco clara la expresión "podrán participar los servidores públicos de la AGR". Tal y como está expresado significaría que cualquier funcionario tiene la posibilidad de intervenir en el proceso de proyección o elaboración de los actos administrativos de que trata ese numeral. O, de otra parte, significaría que mediando el requerimiento que más adelante menciona el citado numeral, el funcionario requerido tendría la opción de responder o no a lo solicitado.

En el artículo 4º **Aspectos generales para la presentación de los actos administrativos**, se sugiere ordenar los puntos siguiendo una secuencia lógica de análisis, por ejemplo de lo general (papelería, redacción, presentación, a lo particular como contenido, teniendo en cuenta en éste también el orden propio: fecha, y número, encabezado, parte motiva, parte resolutive y firma.

El artículo 5º, **Aspectos particulares de los actos administrativos**, para que su epígrafe sea consecuente con lo planteado anteriormente, debe referirse solamente a los actos administrativos: autos y resoluciones.

En cuanto a la labor de conceptualización, que no es un acto administrativo según ha quedado expresado, vale la pena indicar que, aspectos tales como los descriptores y aún una tesis parecerían tender hacia la no lectura del mismo. Adicionalmente, si advertimos que una de las carencias de las oficinas en general es la falta de personal, si cada concepto implica un esfuerzo depurativo

como el propuesto, que es el que se realiza en la Dirección de Impuesto y Aduanas Nacionales -DIAN- mediante una oficina dedicada exclusivamente a ello, el término de respuesta de cada consulta se verá ampliado significativamente. Es verdad que en materias como éstas es importante el rigor pero el mismo surge de la estrategia argumentativa que se plantee en cada caso, su versatilidad y dialéctica para dar razón sobre una inquietud. De otra parte ¿que pasaría entonces si se omiten el señalamientos de descriptores y la tesis?

Del mismo modo, es oportuno mencionar que conceptos de la ordenación y forma propuestos en la resolución comentada, son propios de las entidades que por disposición legal tienen carácter de autoridad doctrinaria en cuanto a la interpretación de la ley, en materias específicas, como son la Contaduría General de la República y la DIAN, como ya se resaltó, autoridad que no ostenta la AGR.

En lo referente al artículo 6º, **Numeración y archivo de actos administrativos de carácter general**, omite tratar lo relacionado con los actos administrativos de carácter particular, en cuyo caso esta oficina se permite recomendar que, entratándose de actos administrativos proferidos dentro de un proceso bien sea de responsabilidad fiscal, de jurisdicción coactiva, sancionatorio, disciplinario, o contractual, sus originales deben reposar en el respectivo expediente o carpeta. Es importante resaltar aquí que nos referimos tanto a los actos administrativos propiamente dichos: autos y resoluciones, como a meros actos de la administración: hallazgos, conceptos y actas, entre otros, luego se recomienda cambiar el epígrafe para que comprenda no solo los actos administrativos sino otras manifestaciones de la administración, si, finalmente, tal s la determinación.

En el artículo 7º, **Publicación y comunicación de los actos administrativos**, en lo que atañe a la comunicación, se considera que los actos administrativos que contienen una decisión se comunican o notifican según sea el caso, pero los meros actos de la administración como memorandos, instrucciones, y circulares se entregan o difunden por los medios con que cuenta la AGR para tal fin como el correo electrónico y las carteleras, entre otros. Igualmente, en el numeral 7.3. se omite la notificación personal de los actos administrativos de carácter particular regulada en el artículo 44 del Código Contencioso Administrativo, y solo se refiere, en forma tácita a la notificación por Edicto, la cual prevé el artículo 45 de la misma codificación,

solo para los casos en los cuales no se ha podido surtir la notificación personal. Aquí también se recomienda o modificar el epígrafe, o excluir de este artículo los meros actos de la administración. A propósito, en criterio de esta oficina, la resolución en estudio no requiere de comunicación.

Finalmente y como quedó insinuado en el comentario relativo a "conceptos" es importante señalar qué consecuencias tendría la omisión de uno de estos requisitos tanto a nivel de los actos administrativos como en cuanto a los meros actos.

En los anteriores términos la Oficina Jurídica deja consignado su criterio, en relación con el proyecto de resolución del epígrafe.

Cordialmente,

Original Firmado Por:
Juan Fernando Romero Tobón.
JUAN FERNANDO RÓMERO TOBÓN

DgruC.