

10112 sobre

71



AUDITORIA GENERAL DE LA REPUBLICA
Al contestar cito NUR. 216-3-13606, 25/02/2003 03:55 p.m.
Trámite: 405 - CONCEPTO
M2162 Actividad: 07 RESPUESTA, Folios: 7, Anexos: ND
Origen: 118 OFICINA JURIDICA
Destino: 216 GERENCIA SECCIONAL IV (BUCARAMANGA)
Copia: A 218 AUDITORIA DEL PAPA LA VIGILANCIA DE LA GESTI

110.007.2003

MEMORANDO INTERNO

Bogotá D.C.,

110

PARA: Dr. Horacio Cristancho Torres
GERENTE SECCIONAL IV

DE: Juan Fernando Romero Tobón
DIRECTOR OFICINA JURÍDICA

REFERENCIA: NUR 216-3-13606/435/02
Solicitud de concepto sobre legalidad de actos administrativos.

Apreciado Doctor,

Con el fin de atender su solicitud de concepto formulada mediante memorando del 3 de febrero de 2003, radicado con el número referido en el epígrafe, resulta pertinente realizar las siguientes precisiones, las cuales se realizan desde una perspectiva general y abstracta, coherente con la naturaleza de la función asignada a esta dependencia.

1.- PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.

La presunción de legalidad de que gozan los actos administrativos, supone *ab initio*, que las decisiones adoptadas por la administración se ajustan a todo el ordenamiento jurídico, tanto en su contenido, como en las formalidades propias de su expedición. Con fundamento en esta presunción, la decisión no puede ser desconocida ni por las autoridades ni por los particulares.

Al respecto se ha señalado:

Normalmente, se deduce la presunción de legalidad del acto administrativo del estudio de elementos de la misma decisión, pero puede resultar, como lo observa el Profesor Manuel María Díez:

110.007.2003

concepto

71

El acto administrativo emana de una autoridad que debe ajustarse a la ley, debe revestir frecuentemente determinada forma y está sujeto a control por lo que requiere, en general, la intervención de varios órganos, circunstancias todas que conducen a la presunción simple de su legitimidad.¹

Esta es una presunción legal - *juris tantum*- y está fundamentada en los principios que rigen las actuaciones administrativas, así como en los principios constitucionales que consagran las garantías objetivas y subjetivas que tienen los administrados (artículo 29 C. Pol.).

No obstante lo anterior, ésta, como todas las presunciones legales, admite demostración en contrario cuando el acto administrativo es contrario a la Constitución o a la ley (artículo 176, inciso 2º, Código de Procedimiento Civil).

El Código Contencioso Administrativo -CCA- regula, por fuera de la acción de nulidad y la posibilidad de suspensión provisional, las figuras de pérdida de fuerza ejecutoria (artículos 66 y 67), y revocatoria de los actos administrativos (artículos 69 a 74). En cuanto a la excepción de legalidad, que se desprendería del control difuso en materia de prevalencia de la Constitución Política, el Consejo de Estado ha sido reticente a su aplicación, tal y como surge del siguiente texto:

... el artículo 12 de la Ley 153 de 1887 debe entenderse derogado tácitamente en atención a que dicha norma tuvo vigencia en una época en que no existía control efectivo de la legalidad de los actos administrativos.

"Habida cuenta que la jurisdicción contenciosa se creó para ejercer el control de legalidad de la administración y que la acción de nulidad no prescribe, el legislador colombiano garantizó así que en cualquier momento el particular puede solicitar una definición judicial sobre la legalidad de un acto administrativo inclusive con la posibilidad de obtener la suspensión provisional de sus efectos, cuando es manifiesta su ilegalidad, de donde resulta improcedente darle aplicación a la excepción de ilegalidad, máxime cuando el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo establece en forma imperativa que los actos administrativos serán obligatorios en tanto que no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

En consecuencia, resulta obligado concluir que, en tanto que los actos administrativos no se encuentren anulados o suspendidos, dichos actos deben ser aplicados, vale decir, obedecidos tanto por los particulares, como por la administración...".

¹ PENAGOS Gustavo, El Acto Administrativo, Quinta Edición, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá 1992, página 216.

Así mismo, sobre la improcedencia de darle aplicación a la excepción de ilegalidad la Sala de Consulta del Consejo de Estado mediante concepto de julio 9 de 1996 (rad. 854) con ponencia del consejero doctor Roberto Suárez Franco puntualizó lo siguiente:

"Habida cuenta que la jurisdicción contenciosa se creó para ejercer el control de legalidad de la administración y que la acción de nulidad no prescribe, el legislador colombiano garantizó así que en cualquier momento el particular puede solicitar una definición judicial sobre la legalidad de un acto administrativo, inclusive con la posibilidad de obtener la suspensión provisional de sus efectos, cuando es manifiesta su ilegalidad, de donde resulta improcedente darle aplicación a la excepción de ilegalidad.²

La presunción de legalidad es una garantía de seguridad del ordenamiento jurídico y, en consecuencia, de su acatamiento. Evita así la dispersión y las fisuras de un sistema jurídico, en el que cualquier persona pueda, *motu proprio*, considerar que una disposición no se aviene a la ley. Si bien respecto de la prevalencia de la Constitución Política el constituyente fue expreso, en ese caso la excepción de inconstitucionalidad es rigurosa.³

2.- EFICACIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Como consecuencia de la presunción anotada, el acto administrativo se supone válido y, una vez surtida la publicidad del mismo, se hace exigible. Esto significa que son obligatorios, imperativos y oponibles mientras dicha presunción no sea desvirtuada mediante el ejercicio de las acciones previstas por la ley para tal fin⁴, y mantiene sus efectos jurídicos en tanto no se declare su nulidad.

Al respecto expresa el autor antes citado:

La presunción de legalidad que acompaña a los actos administrativos creadores de situaciones jurídicas subjetivas les da obligatoriedad, imperatibilidad, y oponibilidad, mientras dicha presunción no sea destruída mediante el ejercicio de las

² CONSEJO DE ESTADO, Sección IV, Sentencia de junio 13 de 1997, Expediente 7985., CP Germán Ayala Mantilla).

³ CORTE CONSTITUCIONAL., Sentencia C-600 de 21 de agosto de 1998, MP José Gregorio Hernández Gafindo.

⁴ Acción de nulidad, artículos 84 y 85 del C.C.A.

acciones pertinentes, y generen la totalidad de sus efectos jurídicos en tanto no sean declarados nulos por los tribunales competentes. Todo ello determina que el ordenamiento administrativo de esa índole que figura en un juicio como hecho generador y prueba de un derecho alegado por el demandante, no puede ser desconocido por el juez quien carece de poderes legales para alterar sus claros mandatos, a menos que el acto sea el objeto concreto de la controversia, caso en el cual tiene facultad para estudiarlo y definir si en realidad puede dar nacimiento a las consecuencias jurídicas que le asigna el autor.⁵

Ahora bien, como quedó anotado, todo acto administrativo procede de una autoridad, lo que en principio le imprime legitimidad. En este punto se debe tener en cuenta que, de conformidad con el artículo 121 de la Constitución Política (CP) *ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley*, luego los actos administrativos proferidos deben corresponder al ejercicio de las facultades otorgadas por la ley y los reglamentos para el cumplimiento de las funciones que le han sido asignadas a la autoridad de quien emana. Asimismo, para la expedición misma del acto, debe observarse las formalidades de ley, dando así cumplimiento al principio fundamental del debido proceso.

Sobre el tema, la doctrina internacional también se ha pronunciado, como se observa en el siguiente texto:

El acto administrativo se presume legítimo en la medida que emana de una autoridad que lo es igualmente. Por tanto, cuando el propio aspecto externo del acto desmienta su procedencia de una autoridad legítima desaparece el soporte mismo de la presunción legal. Así ocurre cuando tal autoridad es manifiestamente incompetente o cuando demuestra serlo al ordenar conductas imposibles o delictivas o al adoptar sus decisiones con total y absoluto olvido de los procedimientos legales. En tales supuestos se dice que el acto es absoluta y radicalmente nulo (nulidad de pleno derecho).

[...] dicho de otro modo, salvo en el supuesto de actos inexistentes (pueden tenerse por tales las multas de tráfico,...) todos los demás actos administrativos, aún los afectados de un vicio de nulidad de pleno derecho, pueden ser materialmente eficaces, y esta eficacia material solo podrá ser destruida por el particular que la soporta, utilizando las vías de recurso procedentes.⁶ (Se subraya)

⁵ PENAGOS Gustavo, Ob. cit., página 237.

⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo, HERNÁNDEZ Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo, Décima impresión 2000 (reimpresión 2001), página 575.

3.- DE LAS ATRIBUCIONES DEL CONTRALOR MUNICIPAL.

La Constitución Política, en su artículo 272, establece:

Los contralores departamentales, distritales y municipales ejercerán, en el ámbito de su jurisdicción, las funciones atribuidas al Contralor General de la República en el artículo 268 y podrán, según lo autorice la ley, contratar con empresas privadas colombianas el ejercicio de la vigilancia fiscal.

A su turno, el artículo 268 *ib* enumera las atribuciones asignadas al Contralor General de la República. Sin embargo, de su contenido no se desprende que tal funcionario esté facultado para establecer o modificar la planta de personal de la CGR, en consecuencia, y de seguir el texto constitucional, los contralores municipales tampoco tendrán tal función con relación a los respectivos entes de control, por cuanto sus funciones son taxativas y se ciñen a las establecidas para el Contralor General en el aludido artículo 268 de la Constitución política. De otra parte, por autorización de la ley solamente pueden "contratar con empresas privadas colombianas el ejercicio de la vigilancia fiscal". Ahora bien, es un desarrollo de la cláusula general de competencia que el legislador pueda, dentro de la naturaleza y características de un organismo, determinar nuevas funciones (algunas de ellas ya previstas en el artículo 268) tal y como lo hizo en las Leyes 136 de 1994 y 330 de 1996. A salvo la provisión de empleos, no aparece facultad por medio de la cual las contralorías territoriales tengan funciones de "adopción de planta" u otra similar.

Contrario *sensu*, los concejos municipales detentan tal atribución, de conformidad con lo establecido en la propia Ley 136, por medio de la cual se adoptan normas de modernización de la organización y funcionamiento de los municipios, al señalar en el artículo 32:

Además de las funciones que se le señalen en la Constitución y la ley, son atribuciones de los concejos las siguientes:

[...]

9.- Organizar la contraloría y la personería y dictar las normas necesarias para su funcionamiento.

Al facultar a los concejos para organizar y dictar las normas necesarias para el funcionamiento de las contralorías, el legislador otorgó la facultad de establecer y modificar la planta de personal de dichas entidades a la mencionada corporación. La anterior afirmación se fundamenta en la existencia misma de la entidad que se materializa a través de una estructura administrativa y funcional capaz de ejecutar

las funciones que le competen, lo cual sería nugatorio si no se contara con el recurso humano (planta de personal) necesario.

En relación con las funciones de los concejos municipales, es pertinente resaltar que las mismas son esencialmente indelegables. En efecto, estas corporaciones sólo pueden autorizar a los alcaldes la celebración de contratos y el ejercicio, por un periodo determinado, de algunas funciones que le son propias. Así se desprende del artículo 313 de la Constitución, cuyo aparte pertinente es el siguiente:

Corresponde a los concejos:

[...]

3o) Autorizar al alcalde para celebrar contratos y ejercer pro tempore precisas funciones de las que corresponden al concejo.
(Subraya fuera de texto).

En gracia de discusión, ninguna otra autoridad (incluso el Contralor Municipal) podría ser facultada para ejercer tales funciones entre ellas la relacionada con la planta de personal.

Así, con respecto a la autorización contenida en el artículo 27 del Acuerdo 0081 de 2001 expedido por el Concejo Municipal de San José de Cúcuta, ésta se refiere a las "modificaciones necesarias" para el cumplimiento de lo dispuesto en el mismo acto. Es decir se autoriza al Contralor para adecuar la planta de personal existente a la nueva la estructura y planta de personal adoptadas por dicho acuerdo, pero esta oficina no entendería que esta autorización sea de aquellas que a nivel nacional se catalogan como extraordinarias, ni que desborde tales linderos.

4.- CONCLUSIONES

Con fundamento en lo expuesto *supra*, se puede afirmar que, el contralor municipal carecería de competencia para modificar la planta personal del ente de control a su cargo. Sin embargo, por tratarse de un acto administrativo, goza de presunción de legalidad y, en tal virtud, genera efectos jurídicos y es aplicable hasta tanto sea declarada su nulidad, si es que la jurisdicción contenciosa así lo decide, previo ejercicio de la acción prevista en el artículo 84 del C.C.A.⁷.

⁷ C.C.A., Artículo 84: Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos.

Teniendo en cuenta la interdependencia que contiene el punto 2° del cuestionamiento, debe indicarse que las implicaciones administrativas o disciplinarias están supeditadas a la nulidad de tales actuaciones. Nótese, sin embargo, que en materia fiscal, se debe auscultar si en desarrollo de la gestión correspondiente, se produjo alguna de las situaciones planteadas en el artículo 6° de la Ley 610 de 2000 que pueda catalogarse como daño. En este punto se rebasa el examen estricto de legalidad que pueda originar una persecución fiscal y se accede a la cualificación de la gestión fiscal, para lo cual es preciso indagar la actuación utilizando las herramientas propias de la labor auditora.

El presente concepto se expide en los términos señalados en el artículo 25 del C.C.A. y con fundamento en las funciones que le han sido asignadas a esta Oficina:

Atentamente,

Original Firmado con:
Juan Fernando Romero Tobón
JUAN FERNANDO ROMERO TOBÓN

C.C. Auditor Delegado

Procederá no sólo cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionario u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió.