

CGR-OJ- 122 - 2018
80112 -

2018IE0061371



Bogotá D.C.,

Doctor
HÉCTOR FABIÁN PARRA CABRERA
Gerente Departamental
Gerencia Departamental Colegiada del Norte de Santander
Contraloría General de la República
hectorf.parra@contraloria.gov.co

Referencia: Radicado Interno: 2018IE0050334 del 04/07/18

Tema: CIRCULARES ADMINISTRATIVAS - Su naturaleza jurídica depende del contenido. / PUBLICACION DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS GENERALES - Efectos jurídicos - Las modificaciones de un acto administrativo deben publicarse por el mismo medio que el acto administrativo modificado.

Respetado doctor,

La Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República -CGR- recibió la consulta citada en la referencia¹, la cual procedemos a responder a continuación:

1. Antecedentes

El peticionario plantea el siguiente interrogante:

¿Para que tengan efectos jurídicos las decisiones que adopta el señor Contralor General de la República, específicamente, las Circulares Externas Nos.11 de 17 de junio de 2016, 006 de 28 de febrero de 2017 y 009 de 5 de abril de 2017, para dar inicio a un proceso administrativo sancionatorio, por presunto incumplimiento de los plazos para presentación de información aquí establecidas, es necesaria la publicación de estos actos administrativos en el diario oficial?

En este sentido, ¿el principio de publicidad se cumple de manera restrictiva con la publicación en la página web de la entidad?

¹ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Art. 14, numeral 2º, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015: "Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción".

2. Alcance del concepto y competencia de la Oficina Jurídica

Los conceptos emitidos por la Oficina Jurídica de la CGR, son orientaciones de carácter general que no comprenden la solución directa de problemas específicos, ni el análisis de actuaciones particulares.

En cuanto a su alcance, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución² ni tienen el carácter de fuente normativa y sólo pueden ser utilizados para facilitar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes, en materia de control fiscal.

Por lo anterior, la competencia de la Oficina Jurídica para absolver consultas se limita a aquellas que formulen las dependencias internas de la CGR, los empleados de las mismas y las entidades vigiladas *"sobre interpretación y aplicación de las disposiciones legales relativas al campo de actuación de la Contraloría General"*³, así como las formuladas por las contralorías territoriales *"respecto de la vigilancia de la gestión fiscal y las demás materias en que deban actuar en armonía con la Contraloría General"*⁴ y las presentadas por la ciudadanía respecto de *"las consultas de orden jurídico que le sean formuladas a la Contraloría General de la República"*⁵.

En este orden, mediante su expedición se busca *"orientar a las dependencias de la Contraloría General de la República en la correcta aplicación de las normas que rigen para la vigilancia de la gestión fiscal"*⁶ y *"asesorar jurídicamente a las entidades que ejercen el control fiscal en el nivel territorial y a los sujetos pasivos de vigilancia cuando éstos lo soliciten"*⁷.

Se aclara que no todos los conceptos implican la adopción de una doctrina e interpretación jurídica que comprometa la posición institucional de la CGR, porque de conformidad con el artículo 43, numeral 16 del Decreto Ley 267 de 2000⁸, esta calidad sólo la tienen las posiciones jurídicas que hayan sido previamente coordinadas y con la(s) dependencia(s) implicada(s).

3. Precedente doctrinal de la Oficina Jurídica

Esta Oficina, no se ha pronunciado de manera puntual sobre el tema objeto de consulta.

² Art. 25 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015.

³ Art. 43, numeral 4º del Decreto Ley 267 de 2000

⁴ Art. 43, numeral 5º del Decreto Ley 267 de 2000

⁵ Art. 43, numeral 12 del Decreto Ley 267 de 2000

⁶ Art. 43, numeral 11 del Decreto Ley 267 de 2000

⁷ Art. 43, numeral 14 del Decreto Ley 267 de 2000

⁸ Art. 43 OFICINA JURÍDICA. Son funciones de la Oficina Jurídica: (...) 16. Coordinar con las dependencias la adopción de una doctrina e interpretación jurídica que comprometa la posición institucional de la Contraloría General de la República en todas aquellas materias que por su importancia ameriten dicho pronunciamiento o por implicar una nueva postura de naturaleza jurídica de cualquier orden.

4. Consideraciones jurídicas

Corresponde a esta Oficina resolver el siguiente problema jurídico: ¿Cómo se deben publicar las circulares administrativas que se expiden con ocasión de un acto administrativo preexistente?

Hecha la salvedad en el sentido de señalar que esta Oficina no se pronuncia sobre casos concretos, procederá a dar respuesta al interrogante planteado brindando lineamientos generales sobre la materia objeto de consulta, para cuyo efecto es necesario precisar la naturaleza jurídica de las circulares administrativas para lo cual se reseñará lo pertinente de un pronunciamiento del Consejo de Estado:

“Ha precisado esta Corporación que las instrucciones o circulares administrativas son susceptibles de ser demandadas ante la Jurisdicción Contenciosa si contienen una decisión de la Administración capaz de producir efectos jurídicos frente a los administrados, esto es, si son actos administrativos, pues si se limitan a reproducir el contenido de otras normas o las decisiones de otras instancias o a brindar orientaciones e instrucciones a sus destinatarios sin que contengan decisiones, no serán susceptibles de control judicial⁹.

Igualmente se ha sostenido que si las circulares o las cartas de instrucción, tienen por objeto dar a conocer el pensamiento o concepto del superior jerárquico a sus subalternos, en relación con determinadas materias, o impartir instrucciones a los empleados de las distintas dependencias sobre la mejor manera de cumplir las disposiciones normativas, sin que se contengan decisiones, se está en presencia de simples actos de servicio.

Es así como esta Corporación, en sentencia de 21 de septiembre de 2001, Expediente No. 6371, Consejera Ponente Dra. Olga Inés Navarrete, al referirse a la naturaleza jurídica de las circulares, dijo textualmente:

“La jurisprudencia de esta Corporación ha reiterado que las circulares de servicios son susceptibles de ser demandadas cuando las mismas contengan una decisión de la autoridad pública, capaz de producir efectos jurídicos y puedan, en consecuencia, tener fuerza vinculante frente al administrado, pues de no ser así, si la circular se limita a reproducir lo decidido por otras normas, o por otras instancias, con el fin de instruir a los funcionarios encargados de ejercer determinadas competencias, entonces, la circular no será un acto susceptible de demanda.

“Así se dejó consignado en fallo de esta Corporación, del 3 de febrero de 2000:

“El Código Contencioso Administrativo, artículo 84, modificado por el artículo 14 del Decreto 2304 de 1989, prevé la posibilidad de demandar las circulares de servicio, en cuanto revistan el carácter de acto administrativo, entendido éste como manifestación de voluntad de la Administración, destinada a producir efectos jurídicos, en cuanto crea, suprime o modifica una situación jurídica. Si la circular no

⁹ En el mismo sentido, ver: Sección Cuarta, sentencia de 13 de marzo de 1998, exp. 8487; Sección Primera, sentencia de 19 de marzo de 2009, exp. 00285, C.P. doctor Rafael Ostau de Lafont Pianeta; de 3 de febrero de 2000, exp 5236. C.P. doctor Manuel Santiago Urueta; de 14 de octubre de 1999, exp 5064. C. P. doctor Manuel Urueta Ayola y providencias de 10 de febrero de 2000, exp. 5410 y de 1 de febrero de 2001, exp. 6375, ambas con ponencia de la Consejera, doctora Olga Inés Navarrete Barrero.

tiene la virtud de producir esos efectos jurídicos externos, bien porque permanezca en el interior de los cuadros de la Administración como una orientación para el desarrollo de la actividad administrativa, o bien porque se limite a reproducir la decisión de una autoridad diferente, no se considerará entonces un acto administrativo susceptible de control jurisdiccional, porque en dicha hipótesis no se presenta la posibilidad de que los derechos de los administrados sean vulnerados' (Cfr. Consejo de Estado. Sección Primera. Radicación 5236 del 3 de febrero de 2000. C.P. Dr. Manuel Santiago Urueta). (...).

También por vía de doctrina se han efectuado importantes aportes orientados a puntualizar la existencia de un acto administrativo y a distinguirlo de otro tipo de actos, como las llamadas circulares, tal como lo señala el tratadista Gustavo Penagos (Tomo I, El Acto Administrativo, 2008, pág. 303) *"Siendo el Acto Administrativo, una decisión de cualquier órgano del Estado, o de los particulares, tendiente a crear, modificar o extinguir una relación jurídica; se diferencia de las otras manifestaciones (Instrucciones, Circulares, Conceptos, Certificados) que no son decisiones, sino simples pronunciamientos de la administración, con el fin de cumplir sus deberes de orientación, coordinación o control (arts. 41 y 56 de la L. 489 de 1998).*

Puede ocurrir, que por extralimitación de funciones, o por error de técnica administrativa, en una circular o carta de instrucción, se expidan decisiones, que son verdaderos actos administrativos, en tal caso se deben reconocer, y pueden ser demandables por vicios de su formación, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, lo cual ocurre con demasiada frecuencia.

Lo esencial para distinguir un Acto Administrativo, de una simple manifestación de la administración, es que el primero contenga una decisión, no importa que la manifestación del Estado se la llame circular, Instrucción, certificado, etc."

Conforme a lo señalado, se parte de la premisa de que los actos administrativos constituyen la expresión unilateral de la voluntad de la Administración por medio de la cual se crea, en forma obligatoria, una situación jurídica de carácter general, impersonal o abstracta, o bien de carácter subjetivo, individual y concreto, es decir que se trata de una decisión capaz de producir efectos jurídicos y, en consecuencia, de vincular a los administrados.

No obstante puede ocurrir que, por extralimitación de funciones o por invadir el ejercicio de las mismas o por error de técnica administrativa, a través de un acto de servicio, trátase de una circular o de una carta de instrucción, se tomen decisiones que son verdaderos actos administrativos, evento en el cual, sin duda alguna, pueden ser demandables por vicios en su formación ante la Jurisdicción en lo Contencioso Administrativo. (...)¹⁰.

De lo anterior, resulta claro que no todas las circulares revisten el carácter de acto administrativo, por ende no están sujetas a las disposiciones del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en materia de publicación, ya que algunas producen efectos jurídicos y otras simplemente se dictan para la mejor prestación del servicio. En aquellos eventos en los cuales se está frente

¹⁰Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda. Radicación No.11001-03-25-000-2008-00116-00(2556-08). C.P. Dr Víctor Hernando Alvarado Ardila. Bogotá D.C., 17 de mayo de 2012.

a verdaderos actos administrativos de carácter general, deberá observarse lo previsto en la norma sobre la publicación de dichos actos:

El artículo 65 de la Ley 1437 de 2011, dispone lo siguiente:

“Artículo 65. Deber de publicación de los actos administrativos de carácter general. Los actos administrativos de carácter general no serán obligatorios mientras no hayan sido publicados en el *Diario Oficial* o en las gacetas territoriales, según el caso.

Las entidades de la administración central y descentralizada de los entes territoriales que no cuenten con un órgano oficial de publicidad podrán divulgar esos actos mediante la fijación de avisos, la distribución de volantes, la inserción en otros medios, la publicación en la página electrónica o por bando, en tanto estos medios garanticen amplia divulgación.

Las decisiones que pongan término a una actuación administrativa iniciada con una petición de interés general, se comunicarán por cualquier medio eficaz.

En caso de fuerza mayor que impida la publicación en el *Diario Oficial*, el Gobierno Nacional podrá disponer que la misma se haga a través de un medio masivo de comunicación eficaz. (...)”.

De acuerdo con la norma en cita, en primera instancia los actos administrativos de carácter general deberán ser publicados en el *Diario Oficial* o en las gacetas territoriales de acuerdo al origen de aquel y sólo en ausencia del órgano oficial de publicidad, se utilizarán medios accesorios entre los cuales se encuentra la publicación en la página electrónica.

Ahora bien, para efectos de precisar qué sucede con el acto administrativo que no ha sido publicado, es necesario acudir a lo dispuesto en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, en relación con las causas de nulidad de los actos administrativos.

“Artículo 137. Nulidad. Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.

Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.

También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro”.

La precitada norma no consagra como causal de nulidad la ausencia de publicación del acto administrativo, luego no hay lugar a declarar la nulidad por esta razón y así lo ha dicho el Consejo de Estado¹¹:

“La nulidad de los actos administrativos procederá cuando infrinjan las normas en que debieron fundarse, cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos sin competencia para el efecto, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa, con falsa motivación o desviación de las atribuciones propias de quien lo expidió.

En este orden de ideas, la falta de publicidad de los actos demandados no genera la nulidad de los mismos, sino que conlleva como consecuencia su inaplicación frente a terceros, en consideración a que la publicidad no es presupuesto para su validez sino para su eficacia¹². (Subrayados de la Sala)”.

Ahora bien, cabe señalar que tratándose de circulares de servicio cuya inobservancia puede activar el poder sancionador del Estado, en aras de garantizar el derecho al debido proceso, en lo que a estas respecta debe seguirse la misma forma de publicidad del acto administrativo general que modifican, sin que sea dable utilizar como argumento para dejar de hacerlo la forma simplificada que reviste el acto posterior.

Esto en consonancia con los cambios que ha venido presentando la jurisprudencia en el sentido de dar importancia a la manifestación de voluntad de la Administración independientemente del medio que utilice, hasta disponer que todas las circulares, ya no solo las que revistan el carácter de acto administrativo, pueden ser objeto de control por la Jurisdicción Contencioso Administrativa, tal como lo dispuso el Consejo de Estado¹³, al señalar que:

“En un verdadero Estado de Derecho, en aras de asegurar tanto la vigencia plena de los referidos principios de constitucionalidad y legalidad como la mayor efectividad del derecho a la tutela judicial, estas nuevas formas de actuación de la Administración no pueden quedar fuera del alcance del contencioso administrativo.

Así, con independencia de que por su contenido orientativo, instructivo o puramente informativo las circulares no afecten de manera directa los derechos o intereses particulares de las personas, su calidad de expresión de la función administrativa y su no poca capacidad de incidencia sobre las decisiones y actuaciones materiales de la Administración (ellas sí plenamente oponibles y ejecutables en el ámbito de los particulares) justifican su sometimiento al control de esta jurisdicción. En últimas son un mecanismo dispuesto por el ordenamiento jurídico para el cumplimiento de los fines que la Constitución y la ley han encomendado a las autoridades administrativas y en cuanto tal su conformidad con éstas ha de ser total.

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección A. Radicación: 68001233100020080012901C.P. Dr. Gabriel Valbuena Hernández. Bogotá D.C., 13 de octubre de 2016.

¹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 12 de octubre de 2011, Expediente No. 0354-11, M. Dr. Alfonso Vargas Rincón.

¹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera. Radicación: 05001 23 33 000 2012 00533 01. C.P. Dr. Guillermo Vargas Ayala. Bogotá D.C., 27 de noviembre de 2014.

Para la Sección Primera del Consejo de Estado el contencioso administrativo no puede dar la espalda a las nuevas realidades en que opera la Administración (de escenarios complejos e inciertos, que formulan una permanente necesidad de colaboración tanto inter e intraadministrativa como con el sector privado) ni a las nuevas lógicas que rigen parte de sus actuaciones (más promocional y cooperativa que coercitiva y unilateral). De aquí que sea natural ajustar sus posturas a la pluralidad de modelos regulativos adaptados hoy por las autoridades administrativas como forma de responder a los desafíos que plantea esta notable transformación en el obrar del sujeto de control. En consecuencia, y aun cuando ello suponga llevar el escrutinio judicial fuera de su escenario tradicional de fiscalización de actos administrativos –y justamente por eso o con esa finalidad-, una posición que pudo ser funcional y pacífica durante muchos años puede ser revaluada ante la evidencia del creciente recurso de las autoridades a estas formas de decisión y de los riesgos que su exclusión del control genera para el Estado de Derecho. Máxime cuando la propia legislación contencioso administrativa parece ser consciente de esta realidad y en los artículos 103 y 104 el CPACA ensancha deliberadamente el objeto de la jurisdicción”.

5. Conclusiones

En ese orden de ideas, las circulares administrativas que configuran un acto administrativo de carácter general diferenciándose de las que simplemente se dictan para el desempeño del servicio, deben ser publicadas según su origen en el Diario Oficial o en las gacetas territoriales. En caso de no ser esto posible, deberá acudir a medios tales como la página electrónica, tal como lo prevé el artículo 65 de la Ley 1437 de 2011, para las entidades del orden territorial.

Es preciso señalar que la falta de publicación del acto administrativo, no está contemplada en la precitada norma como causal de nulidad, lo que se traduce en el hecho de que no se afecta su validez, pero no serán obligatorios tal como dispone la misma.

Cordialmente,


IVÁN DARIÓ GUAUQUE TORRES
Director Oficina Jurídica

Proyectó: Erika Cure 
Revisó: Néstor Iván Arias Afanador / Pedro Pablo Padilla Castro 
Radicado: 2018IE0050334
TRD. 80112-033 – Conceptos Jurídicos. Conceptos Jurídicos