

CONCEPTO N° 5 de 2013

Bogotá D.C., mayo de 2013.

17 MAY 2013

I-2013-23093

MEMORANDO

PARA: DRA. MARÍA FRANCY ZALAMEA GODOY
Directora de Inspección y Vigilancia

DE: DRA. MARÍA MERCEDES MEDINA OROZCO
Jefe Oficina Asesora de Jurídica

REF.: Firma de Autos de sustanciación en el trámite de las investigaciones administrativas, contra establecimientos educativos de educación formal, instituciones de formación para el trabajo y desarrollo humano, entidades sin ánimo de lucro con fines educativos, asociación de padres de familia, y en los recursos de apelación, contra los actos administrativos proferidos por los directores locales de educación concernientes a la legalización de establecimientos educativos y definición de tarifas.

Respetada Dra. Francy:

De conformidad con su solicitud de revisar la viabilidad del Proyecto de Resolución por medio del cual se pretende delegar en el(la) Director(a) de Inspección y Vigilancia, la función de firmar los autos de sustanciación que se surten en el trámite de las investigaciones administrativas, previos al proferimiento del acto administrativo definitivo, y con motivo del análisis jurídico hecho para el efecto, procedo a emitir el siguiente Concepto Jurídico:

1. La delegación y la función que se pretende delegar:

En el proyecto de resolución lo que se pretende delega, es lo siguiente: "DELEGACIÓN PARA FIRMAR LOS AUTOS DE SUSTANCIACIÓN EN EL TRÁMITE DE LAS INVESTIGACIONES ADMINISTRATIVAS, CONTRA ESTABLECIMIENTOS DE EDUCACIÓN FORMAL, INSTITUCIONES

DE FORMACIÓN PARA EL TRABAJO Y DESARROLLO HUMANO, ENTIDADES SIN ÁNIMO DE LUCRO CON FINES EDUCATIVOS, ASOCIACIONES DE PADRES DE FAMILIA Y EN LOS RECURSOS DE APELACIÓN, CONTRA LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS PROFERIDOS POR LOS DIRECTORES LOCALES DE EDUCACIÓN CONCERNIENTES A LA LEGALIZACIÓN DE ESTABLECIMIENTOS EDUCATIVOS Y DEFINICIÓN DE TARIFAS. Delegar en el (la) Directora de Inspección y Vigilancia o quien haga las veces, la función de firmar los autos de sustanciación, tales como el auto de iniciación del proceso administrativo, auto de cargos, auto de pruebas, auto de alegatos de conclusión, auto que reconoce personería para actuar a un defensor, auto compulsando copias, auto remitiendo a otro por competencia y demás autos previos al proferimiento del acto administrativo definitivo..."

De lo anterior, es claro que el proyecto de resolución pretende hacer uso del mecanismo de la delegación, el cual está consagrado en el artículo 211 Constitucional, sin embargo para el caso concreto no es viable usar dicho mecanismo por las razones que a continuación se exponen:

Es necesario aclarar que la Delegación "... consiste en el traslado de funciones de una autoridad a otra de igual o inferior jerarquía, previa autorización legal para hacerlo, cuya decisión se materializa o concreta en un determinado acto administrativo, en el cual se deben precisar las funciones o asuntos específicos cuya atención y decisión se transfieren, para que sean desarrolladas o ejercidas por ese otro funcionario con la autonomía de su titular, aunque, éste último conserva la facultad de reasumir en cualquier momento la función delegada, lo mismo que las de revisar y revocar los actos del delegatario." Tal como se expuso en concepto emitido por la oficina Asesora de Jurídica, mediante oficio I-2013-19740 del 25 de abril del presente año.

Sin embargo, al tratarse del ejercicio de la función de inspección y vigilancia, la cual fue delegada en el Secretario de Educación, hay que tener en cuenta la siguiente normatividad:

Constitución Política:

- El artículo 150.- le corresponde al congreso hacer las leyes, por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...) 8. Expedir las normas a las cuales debe

300

sujetarse el Gobierno para el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia que le señala la Constitución.

(...)

23. Expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos.

- El artículo 189 numerales 21, 22, 24 y 26, le corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa, ejercer la inspección y vigilancia de la enseñanza conforme a la ley, ejercer la inspección y vigilancia de la prestación de los servicios públicos, entre otras.

Consecuentemente, con fundamento en el artículo 150 constitucional se dictó la siguiente legislación para regular la función de inspección y vigilancia en la prestación del servicio público educativo, a saber:

Ley 115 de 1994:

- Artículo 146. Competencia del Congreso. Corresponde al Congreso de la República dictar las normas generales y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular la educación como un servicio público con función social, conforme a los artículos 150, numerales 19 y 23, y 365 de la Constitución Política.
- Artículo 168. Inspección y Vigilancia de la Educación. En cumplimiento de la obligación constitucional, el Estado ejercerá a través del Presidente de la República, la suprema inspección y vigilancia de la Educación y velará por el cumplimiento de sus fines en los términos definidos en la presente ley. Ejecutará esa función a través de un proceso de evaluación y un cuerpo técnico que apoye, fomente y dignifique la educación.
(...) El Presidente de la República O SU DELEGADO, en ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia, de conformidad con lo establecido en el inciso tercero del artículo 80 de la presente ley podrá aplicar a los establecimientos educativos, previo el correspondiente proceso y cuando encuentre mérito para ello, las sanciones de amonestación pública, suspensión o cancelación del reconocimiento oficial. (Mayúsculas fuera del texto).
- Artículo 169. Delegación de funciones. En los términos del artículo 211 de la Constitución Política, el Presidente de la República podrá delegar en el Ministro

de Educación Nacional, en los Gobernadores y en los Alcaldes, el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia previstas en esta Ley.

- Artículo 171. Ejercicio de la Inspección y Vigilancia a nivel local. Los gobernadores y los alcaldes podrán ejercer la inspección y vigilancia a través de las respectivas secretarías de Educación o de los organismos que hagan sus veces.

El Gobierno Nacional reglamentará el ámbito de competencia de cada nivel de supervisión o inspección en los establecimientos educativos de tal manera que ésta sea realizada en forma coordinada y con la periodicidad adecuada.

Ley 715 de 2001:

En su artículo 7º.- Competencia de los distritos y los municipios certificados: "7.8. Ejercer la inspección, vigilancia y supervisión de la educación en su jurisdicción, en ejercicio de la delegación que para tal fin realice el Presidente de la República". (Subrayado fuera del texto).

Lo anterior, en concordancia con el artículo 11 de la ley 489 de 1998, que dispone: "Funciones que no se pueden delegar: Sin perjuicio de lo que sobre el particular establezcan otras disposiciones, no podrán transferirse mediante delegación:

1. La expedición de reglamentos de carácter general, salvo en los casos expresamente autorizados por la ley.
2. Las funciones, atribuciones y potestades recibidas en virtud de delegación.
3. Las funciones que por su naturaleza o por mandato constitucional o legal no son susceptibles de delegación." (Subrayado fuera del texto).

Es decir que, respecto a la función de inspección, vigilancia y supervisión, al ser delegada al distrito, -secretaría de educación-, el Secretario no puede delegar funciones recibidas en virtud de tal delegación, no siendo procedente la figura de la delegación para los fines que busca el proyecto de resolución en cita.

Puntualmente, respecto a la función de Inspección y Vigilancia en relación con la Secretaría de Educación Distrital, EL Acuerdo 257 de 2006, dispuso lo siguiente:

Artículo 82. Naturaleza, objeto y funciones básicas de la Secretaría de Educación del Distrito. La Secretaría de Educación del Distrito es un organismo del Sector Central con

autonomía administrativa y financiera que tiene por objeto orientar y liderar la formulación y ejecución de políticas, planes y programas para garantizar el derecho a la educación y asegurar a la población el acceso al conocimiento y la formación integral.

Además de las atribuciones legales y las generales establecidas en el presente Acuerdo para las secretarías, la Secretaría de Educación del Distrito cumplirá las siguientes funciones básicas:

Ejercer la inspección, vigilancia, control y evaluación de la calidad y prestación del servicio educativo en la ciudad.

Decreto Ley 1421 de 1993:

Artículo 38: Son atribuciones del Alcalde Mayor (...)

6. Distribuir los negocios según su naturaleza entre las secretarías, los departamentos administrativos y las entidades descentralizadas.

7. Coordinar y vigilar las funciones que ejerzan y los servicios que presten en el Distrito las entidades nacionales, en las condiciones de la delegación que le confiera el Presidente de la República.

(...)

Decreto 907 de 1996:

Por el cual se reglamenta el ejercicio de la suprema inspección y vigilancia del servicio público educativo y se dictan otras disposiciones.

Artículo 1º.- *Ejercicio.* La función de inspección y vigilancia del servicio público educativo, delegada al Ministro de Educación Nacional en virtud del Decreto 1860 de 1994, se ejercerá atendiendo la ley, las disposiciones del presente Decreto y las demás normas reglamentarias expedidas para tal efecto.

En igual forma los gobernadores y alcaldes distritales y municipales ejercerán la competencia de inspección y vigilancia del servicio educativo, asignada a los departamentos, distritales y municipios por las Leyes 60 de 1993 y 115 de 1994.

Artículo 4º.- *Forma y Mecanismo.* La inspección y vigilancia del servicio público educativo se adelantará y cumplirá por parte de las autoridades educativas

competentes, mediante un proceso de evaluación y con el apoyo de un cuerpo técnico de supervisores de educación, incorporado a la correspondiente planta de personal del Ministerio de Educación Nacional, para el nivel nacional, y a las plantas de personal de las secretarías de educación departamentales y distritales, o a las del organismo que haga sus veces, para el nivel territorial.

Artículo 6º.- *Distribución de la Competencia.* Las funciones de inspección, vigilancia y control de la educación en el nivel nacional, serán ejercidas por el ministerio de Educación Nacional con el apoyo de la Oficina de Inspección y Vigilancia de la Calidad de la Educación, a que se refiere el inciso primero del artículo 4 de este Decreto.

De conformidad con lo dispuesto en la Ley 115 de 1994, en armonía con la Ley 60 de 1993, en los departamentos y distritos, estas funciones serán desempeñadas en el nivel territorial por los gobernadores y alcaldes distritales, directamente o a través de las secretarías de educación o del organismo departamental o distrital que asuma la dirección de la educación y demás funciones y responsabilidades asignadas en la ley y el reglamento.

Para este efecto, quien ejerza la función de inspección y vigilancia, tendrá bajo su dependencia, el correspondiente cuerpo técnico de supervisores departamentales y distritales de educación, indicando en el Artículo 4 ya mencionado.

(...)

(Subrayado fuera del texto).

Artículo 22º.- *Procedimiento.* A las actuaciones que adelanten los gobernadores o alcaldes y las secretarías de educación de la entidades territoriales o los organismos que hagan sus veces. En ejercicio de sus competencias de inspección, vigilancia y control, en los términos de la ley, sus normas reglamentarias y del presente decreto, se aplicarán en lo pertinente el procedimiento establecido en el Código Contencioso Administrativo.

(...)

Artículo 31º.- Se modifica el artículo 61 del Decreto 1860 de 1994, el cual quedará así:

"Artículo 61º.- Ejercicio de la Inspección y Vigilancia de la Educación.

Delegase en el Ministerio de Educación Nacional la función de inspección y vigilancia de la educación, atribuida al Presente de la República. Los gobernadores y alcaldes

ejercerán, en su respectiva jurisdicción, funciones de inspección y vigilancia de acuerdo con las competencias otorgadas por las leyes y con el reglamento que para el efecto se expida, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 4 del Título VII de la Ley 115 de 1994."

(...)

Ley 489 de 1998:

ARTICULO 11. Funciones que no se pueden delegar. Sin perjuicio de lo que sobre el particular establezcan otras disposiciones, no podrán transferirse mediante delegación:

1. La expedición de reglamentos de carácter general, salvo en los casos expresamente autorizados por la ley.
2. Las funciones, atribuciones y potestades recibidas en virtud de delegación.
3. Las funciones que por su naturaleza o por mandato constitucional o legal no son susceptibles de delegación.

Con base en lo anterior se concluye lo siguiente:

- La función de Inspección y Vigilancia en materia educativa está a cargo del Presidente de la República.
- La ley 115 de 1994 deja claro expresamente que esta función será ejercida por el Presidente o su DELEGADO.
- Esta función el Presidente la delega en el alcalde y este la ejerce a través del Secretario de Educación, por tanto no es viable que el Secretario delegue esta función en cabeza del director(a) de Inspección y Vigilancia de la SED, de acuerdo a lo estipulado en el artículo 11 de la ley 489 de 1998.
- No resulta lógico la transferencia de funciones en una segunda delegación por parte del delegado, la subdelegación es en principio improcedente.

La jurisprudencia al respecto ha dicho:

- Con relación a la Delegación la Corte Constitucional, en sentencia C-561 del 04 de agosto de 1999, Magistrado Ponente Dr. Alfredo Beltrán Sierra, determinó que

"(...)Ha de observarse, con todo, que dados los elementos propios de estos mecanismos para la realización de la función administrativa, es decir la descentralización, desconcentración y delegación, la ley regula de manera específica los efectos que asigna a cada uno de ellos, en relación con el régimen propio de los actos objeto de delegación y desconcentración en la vía gubernativa (...)"

Sin embargo, para el caso sub examine ninguno de los tres mecanismos enunciados en el párrafo anterior puede ejercerse, ya que, la función de Inspección y Vigilancia de la Educación esta delegada en el Secretario de Educación, por tanto el no la puede delegar en un colaborador suyo ya que iría en contravía de lo estipulado en el artículo 11 de la Ley 489 de 1998.

- Corte Constitucional, sentencia C-372 de mayo 15 de 2002, Magistrado Ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño.

"(...) Improcedencia de la delegación. Hay funciones cuyo ejercicio es indelegable, sea porque hay restricción expresa sobre la materia o porque la naturaleza de la función no admite la delegación (...)" Como en el presente caso, tal como se ha expuesto anteriormente.

- Concretamente, respecto a la potestad reglamentaria del Presidente en materia educativa, la Corte Constitucional, en sentencia C-675 del 30 de junio del 2005, Magistrado Ponente Dr. Jaime Araujo Renteria, expuso:

"Evaluación del servicio de educación y de quienes lo prestan: Corresponde a la ley garantizar la profesionalización y dignificación de la actividad docente (Art. 68 C.Pol.)... así como la de regular la prestación de los servicios públicos (Arts. 150, Num. 23, y 365 C.Pol.) para asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Ello significa que en esta materia existe reserva de ley, es decir, ella debe ser regulada exclusivamente por el legislador, ordinario o extraordinario. Dicha materia comprende lógicamente la evaluación de la prestación del servicio de educación en general y, en particular, la evaluación de quienes lo prestan. Como consecuencia, es imperativo que la ley establezca al menos los criterios, parámetros o bases para que el Presidente de la República, en ejercicio de la atribución prevista en el Art. 189, Num. 11, de la Constitución, u otra autoridad administrativa, si fuere el caso, conforme a los lineamientos jurisprudenciales de esta corporación, expida la reglamentación correspondiente con miras a su ejecución o cumplimiento.

360

- Por su parte, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección A, 26 de junio de 2008, Consejero Ponente Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, determinó que:

"(...) La competencia es la aptitud atribuida por la Constitución o la Ley a los Entes Públicos o a los particulares para que manifiesten válidamente la voluntad estatal por vía administrativa. Tal facultad es expresa, irrenunciable e improrrogable y debe ser ejercida directa y exclusivamente por el órgano o funcionario que la tiene atribuida como propia, salvo los casos de delegación o sustitución previstos por las disposiciones normativas pertinentes (...)"

De lo anterior se concluye que, el ejercicio de la función de inspección y vigilancia está en cabeza del Presidente de la República, sin embargo (para el caso sub examine) este la delega en el Alcalde Mayor del Distrito quien ejerce esta función asignándola al Secretario de Educación, lo cual encuentra sustento legal en la normatividad aquí citada, advirtiendo que la función de inspección y vigilancia en materia educativa, debe ser ejercida directa y exclusivamente por el Secretario de Educación.

2. Naturaleza jurídica de los autos de sustanciación y de los actos administrativos:

Ahora bien, ya que la función de inspección y vigilancia en materia educativa no se puede delegar, es menester hacer un análisis del Decreto 330 de 2008, como quiera que la función de firmar los autos de sustanciación es propia de las funciones que la Dirección de Inspección y Vigilancia de la SED ejecuta, para esto, a continuación se expone lo siguiente:

Decreto 330 de 2008:

Artículo 3º Funciones.- Corresponde a la Secretaría de Educación del Distrito...:
(...)

Q. Consolidar, analizar y entregar la información sobre el comportamiento del Sistema educativo, para uso de los organismos nacionales y distritales de dirección y control.
(...)

Artículo 5º Despacho del Secretario. Son funciones del Despacho del Secretario de Educación del Distrito:
(...)

I. Expedir los actos administrativos que se generen a partir de la normatividad vigente y en desarrollo de las políticas del Sector Educativo.
(...)

Artículo 16º Dirección de Inspección y Vigilancia.- Son funciones de la Dirección de Inspección y Vigilancia las siguientes:

A. Ejecutar a través de los equipos locales de inspección y vigilancia, los planes programas y proyectos para el ejercicio de la función de inspección y vigilancia que ordena la Constitución Política.

B. Ejercer la función de inspección, vigilancia y control a las entidades sin ánimo de lucro con fines educativos, asociaciones de padres de familia de instituciones educativas tanto oficiales como privadas, para que su objeto social se cumpla.
(...)

E. Adelantar las investigaciones administrativas a que haya lugar contra establecimientos de educación formal, Instituciones de formación para el trabajo y desarrollo humano, entidades sin ánimo de lucro con fines educativos, asociaciones de padres de familia y sustanciar los respectivos actos administrativos para la firma del Secretario de Educación.
(Subrayado fuera de texto)

Es así como, respecto a los autos a sustanciar con ocasión del trámite administrativo que se sigue en las investigaciones administrativas efectuadas contra establecimientos de educación formal, instituciones de formación para el trabajo y desarrollo humano, entidades sin ánimo de lucro con fines educativos, y asociaciones de padres de familia, se prosigue a analizar la naturaleza jurídica de dichos autos para así determinar a qué autoridad u organismo le compete en virtud de sus funciones legales.

Los autos de sustanciación en cita son actos de trámite que sirven de medio para que se haga un pronunciamiento definitivo el cual pondrá fin a la actuación administrativa.

En este sentido, es de aclarar que los actos de trámite o preparatorios se dan dentro de la ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA que se surte dentro del PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.

Sin embargo, al hablar el literal E) de ACTOS ADMINISTRATIVOS y al ser el objeto de análisis del presente escrito los ACTOS DE TRÁMITE, debe hacerse un análisis sobre qué

se entiende por actos de trámite y por actos administrativos para así determinar a quién le compete su expedición y firma, tal como se ha señalado con anterioridad.

En primer lugar, frente a los ACTOS ADMINISTRATIVOS el Consejo de Estado, en Sentencia expedida el 13 de octubre de 2005, expediente 14820, expone que por Actos Administrativos se entiende que:

"... son aquellos que exteriorizan la manifestación de voluntad unilateral de la Administración para crear, modificar o extinguir una situación jurídica. (...) En ese sentido ha señalado la Corporación:

"El acto administrativo debe contener una declaración; es su característica esencial la de exteriorizar una decisión de la Administración que cree, modifique o extinga una situación jurídica en relación con el administrado.

Queda, por lo tanto, tal noción reservada a las decisiones *que por sí mismas generan efectos jurídicos para los terceros, resultando, en consecuencia, excluidos los actos que, no obstante producir efectos, incluso directos en el ámbito interno de la administración, carecen de tales consecuencias en el ámbito externo de ésta.*

Dentro del trámite de la actuación administrativa, obviamente, se producen decisiones en relación con la adopción de diferentes etapas: probatoria, de alegaciones, de impugnación, etc. decisiones éstas que no tienen la virtualidad de definir la actuación en sí misma considerada sino que son de impulso procesal y, por ello, se les conoce con la denominación de actos de mero trámite."

En este sentido, los ACTOS ADMINISTRATIVOS de los cuales habla la norma son ACTOS DEFINITIVOS más no actos de trámite, como quiera que los actos definitivos deben ser proyectados por la Dirección y firmados exclusivamente por el Secretario, en ejercicio de la delegación de Inspección, Control y Vigilancia a él delegada, dando aplicación

al literal E) en cita, y a la normativa aquí expuesta. Y los actos de trámite, los cuales impulsan el trámite de investigación administrativa, deben ser proyectados y firmados por la Dirección de Inspección y Vigilancia de acuerdo a las funciones que le atribuye el mismo artículo 16° del Decreto 330.

Igualmente, la Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – sección cuarta, proferida el 4 de abril de 1986, Consejero Ponente Dr. Gustavo Humberto Rodríguez, expediente 0001, respecto a la naturaleza del Acto Administrativo, expuso que *“Para que los actos de la administración tengan el carácter de administrativos deben ser, además de decisorios, definitivos, o de trámite que adquieran esa calidad (...) Desde antes de la expedición del Decreto extraordinario 01 de 1984, la jurisprudencia más generalizada ha considerado que cuando la norma no exigía formas especiales a los actos administrativos, éstos podían tener tal naturaleza y carácter si contenían una manifestación unilateral de voluntad administrativa destinada a producir efectos jurídicos...”*

Solo pueden constituir actos administrativos en los casos en que contenga esa manifestación unilateral de voluntad administrativa que persigue producir los aludidos efectos jurídicos, o actos de trámite pondrán fin a una actuación cuando hagan imposible continuarlas (...) (subrayado fuera del texto).

Por su parte, la sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – sección primera, del 17 de febrero del 2011, Consejero Ponente Dr. Marco Antonio Velilla Moreno, respecto a los actos definitivos y de trámite, dijo lo siguiente:

“Si bien es cierto que el Código Contencioso Administrativo Colombiano no contiene una definición sobre acto administrativo, la doctrina ha intentado definirlo expresando que se entiende como tal la manifestación de la voluntad de la administración, que en cumplimiento de funciones administrativas, esta encaminada a producir efectos jurídicos (...) Para resolver el problema jurídico planteado destaca la Sala que es necesario recordar el concepto de acto administrativo.”

Lo anterior, en concordancia con la Ley 1437 de 2011, que igualmente no trae una definición expresa de que se entiende por Acto Administrativo.

363

En un mismo sentido, el autor Jaime Orlando Santofimio, en su libro "Tratado de Derecho Administrativo – Tomo II, Acto Administrativo: Procedimiento, eficacia y validez" sostiene sobre el acto administrativo que:

"Es la declaración de la voluntad que debe provocar alteraciones jurídicas en el mundo exterior, modificando y extinguiendo las existentes o creando nuevas situaciones de relevancia ante el derecho y como efecto directo de su carácter decisorio.

Si una declaración no reúne los elementos conceptuales expuestos, no podemos calificarla de acto administrativo." (Subrayado fuera de texto)

En concordancia, la sentencia del Consejo de Estado, expedida el 03 de febrero del 2000 Expediente 5652. Consejera Ponente Dra. Olga Inés Navarrete Barrero, sostuvo lo siguiente:

"El acto administrativo debe contener una declaración; es su característica esencial la de exteriorizar una decisión de la Administración que **Cree, modifique o extinga una situación jurídica en relación con el administrado.**

Queda, por lo tanto, **tal noción reservada a las decisiones que por sí mismas generan efectos jurídicos para los terceros, resultando, en consecuencia, excluidos los actos que, no obstante producir efectos, incluso directos en el ámbito interno de la administración, carecen de tales consecuencias en el ámbito externo de ésta.**

Dentro del trámite de la actuación administrativa, obviamente, se producen decisiones en relación con la adopción de diferentes etapas: probatoria, de alegaciones, de impugnación, etc. decisiones éstas que no tienen la virtualidad de definir la actuación en sí misma considerada sino que son de impulso procesal y, por ello, se les conoce con la denominación de actos de mero trámite.

Si pudiera, como lo solicita la parte actora, darse calificativo de acto administrativo a cada una de las decisiones que expide la administración en aras de impulsar el trámite administrativo, se llegaría a la conclusión equivocada de que dentro del ejercicio de la acción contenciosa se estudiara la legalidad de diferentes decisiones correspondientes a las diversas etapas de la actuación como sería el caso del auto mediante el cual se decide abrir diligencias previas; de cada auto que ordene oír en versión a los posibles involucrados en la investigación administrativa o disciplinaria; de los autos que ordenan la incorporación de diversos medios probatorios; del auto mediante el cual se califican las diligencias preliminares; del auto que ordena la apertura de formal investigación sea ésta de carácter disciplinario, fiscal, etc., olvidando que ninguno de los mencionados define de fondo la actuación administrativa." **(Negrilla y subrayado fuera de texto)**"

De lo anterior se concluye lo siguiente:

- Los Actos Administrativos para que se consideren como tal deben exteriorizar la manifestación unilateral de la Administración, la cual debe crear, modificar o extinguir una situación jurídica.
- No se entienden como Actos Administrativos los actos de trámite que se dan como impulso de la Actuación Administrativa.
- Es así como, los Actos de mero Trámite no definen la actuación, sino que simplemente son un impulso procesal sobre la misma.
- Los Actos de mero Trámite no crean, no modifican y no extinguen situaciones jurídicas, por tanto no pueden calificarse como Actos Administrativos.
- Por lo anterior, y en concordancia con el literal E) del artículo 16 del Decreto 330 de 2008, que literalmente dispone que en los trámites de investigación administrativa que se sigan en contra de un establecimiento o institución educativa, le compete a la Dirección de Inspección y Vigilancia de la SED "(...)sustanciar los respectivos actos administrativos para la firma del Secretario de Educación(...)", se entiende que este literal se refiere a los Actos Administrativos que definan una determinada situación jurídica los que deben ser objeto de firma del Secretario, sin embargo, los actos que sustancien o

impulsen la actuación procesal que se surten con anterioridad a la expedición de dichos actos administrativos, le compete proyectarlos y firmarlos al Director(a) de la citada dirección, ya que es propio de sus funciones.

- Lo anterior, en concordancia con la función propia del Secretario de Educación que está cobijada en el literal l) del artículo 5° del Decreto 330 de 2008, el cual reza lo siguiente: "(...) l. Expedir los actos administrativos que se generen a partir de la normatividad", es decir los actos que manifiesten la voluntad unilateral de la administración que resuelvan una determinada situación jurídica.
- 3. Con base en lo anterior, a continuación se cita jurisprudencia que reitera lo hasta aquí argumentado, a saber:**

Como se ha expuesto, la jurisprudencia ha definido los actos definitivos y actos de trámite. Los primeros son aquellos que resuelven determinado asunto o actuación administrativa, es decir los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto; en contraposición con los segundos que sirven de medio para que los definitivos se pronuncien.

- a. En este orden de ideas, la Sentencia del 20 de febrero de 2008, expedida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección cuarta, Consejero Ponente Dr. Juan Ángel Palacio Hincapié, expediente 15607, sostuvo que:

"(...) Sólo los actos definitivos que por sí mismos generan efectos jurídicos, son pasibles de control de legalidad, junto con las decisiones que los modifican o confirman, con las cuales conforman la voluntad administrativa respecto de un asunto particular. Los actos de trámite que, como tales, se limitan a impulsar la actuación administrativa, no son demandables, excepto cuando impiden que la actuación continúe, pues, en tal caso, estarían poniéndole término a la misma.

(Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia de 10 de diciembre de 1999, exp. 9699) (en lo atinente al concepto de actos definitivos, los actos principales o definitivos constituye una unidad que materializa la voluntad de la administración.)

(Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia de 13 de octubre de 2005, exp. 14820, C. P. Ligia López Díaz, decisión ya citada. El acto administrativo es aquel que exterioriza la manifestación de voluntad unilateral de la Administración para crear, modificar o extinguir una situación jurídica. Los actos definitivos, es decir, aquellos que concretan la voluntad de la Administración, porque no tiene sentido un pronunciamiento sobre aquellos actos que no deciden el asunto, como los de trámite, que se limitan a dar impulso a la actuación.)"

Lo anterior hace referencia a los artículos 50, 62 y 135 del Código Contencioso Administrativo, lo cual es acorde con lo establecido en los artículos 74, 87 y 43 de la Ley 1437 de 2011, en lo relacionado con la definición de Acto Administrativo.

- b. Por su parte, la Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – sección cuarta, expedida el 19 de julio de 2012, Consejero Ponente Dr. William Giraldo Giraldo. Expediente 19025, expuso:

"El artículo 50 del Código Contencioso Administrativo dispone que son actos definitivos, los que ponen fin a una actuación administrativa, los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto. Los actos de trámite son aquellos de mero impulso de la actuación, que no deciden nada sobre el asunto debatido, pero que instrumentan la decisión final o definitiva, la preparan; son los que permiten llegar al fin del procedimiento, ofreciendo elementos de juicio para que la entidad pueda adoptar la decisión que resuelve la actuación administrativa, con voluntad decisoria plasmada en un acto definitivo, que es el que está sujeto a los recursos y acciones de impugnación..."

Lo anterior en concordancia con el artículo 43 de la ley 1437 de 2011.

- c. La Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – sección quinta, expedida el 07 de febrero de 2013, Consejero Ponente Dr. Alberto Yepes Barreiro, sostuvo que:

"(...) Los actos de trámite son los que se "encargan de dar impulso a la actuación o disponen organizar los elementos de juicio que se requieren para

que la administración pueda adoptar la decisión de fondo sobre el asunto mediante el acto definitivo". Es por tanto que, el acto de trámite "no expresan en concreto la voluntad de la administración, simplemente constituyen el conjunto de actuaciones intermedias que preceden a la formación de la decisión administrativa que se plasma en el llamado acto definitivo". Por el contrario, los actos definitivos o principales son los que contienen la decisión propiamente dicha, o como lo establece el inciso final del artículo 50 del C.C.A., "son actos definitivos que ponen fin a la actuación administrativa, los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto; los actos de trámite pondrán fin a una actuación cuando hagan imposible continuarla (...)"

Acorde al artículo 43 de la Ley 1437 de 2011, el cual dispone que: "Son actos definitivos los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación."

4. Principios:

No obstante lo anterior, también es pertinente traer a colación los principios constitucionales y legales que permiten reafirmar lo aquí expuesto, es así como, con fundamento en el artículo tercero de la Ley 1437 de 2011, numerales 10 – 13, que se refieren a los principios de coordinación, eficacia, economía y celeridad, el doctor Carlos Castro Cuenca y la Dra. Luisa Fernanda García López, en su obra "los principios de la función y contratación públicas", expusieron lo siguiente:

"La función pública ha sido entendida por la jurisprudencia como el conjunto de tareas y de actividades que deben cumplir los diferentes órganos del Estado, con el fin de desarrollar sus funciones y cumplir sus diferentes cometidos y, de este modo, asegurar la realización de sus fines.

En efecto, la administración pública se refiere al cumplimiento de actividades necesarias para la consecución de los fines del Estado.

La función administrativa presenta como propósito fundamental la defensa y realización de los intereses generales, y para ello ha de desarrollarse con fundamento

320

en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, tal como lo estipula el artículo 209 de la Constitución.

Con motivo del artículo 209 en cita, se dispone que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de eficacia, economía y celeridad, entre otros y añade que las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado."

Por su parte, el texto continúa diciendo: "La Corte Constitucional, en relación con el artículo 209 de la Constitución, hace la diferencia entre los principios finalísticos, funcionales y organizacionales.

Respecto a los principios finalísticos, se expone que son aquellos que se refieren a la función administrativa, como aquella que está al servicio de los intereses generales del Estado; entre los funcionales se encuentran la igualdad, la moralidad, la eficacia, la economía, la celeridad, la imparcialidad y la publicidad (...)", y para el caso sub examine estos principios responden a las funciones propias de la dirección de inspección y vigilancia, entre otras las de sustanciar todos los actos necesarios para dar impulso al trámite que se sigue dentro de una investigación administrativa contra establecimientos o instituciones educativas.

Sin embargo, respecto a los recursos de apelación contra los actos administrativos proferidos por los directores locales de educación concernientes a la legalización de establecimientos educativos y definición de tarifas, es menester aclarar que los actos que conozcan de dicho recurso deben ser proyectados por la Dirección de Inspección y Vigilancia pero deben ser firmados por el Secretario, lo anterior ya que taxativamente el literal f) del artículo 16° del Decreto 330 de 2008 dispuso que "(...) F. Conocer de los recursos de apelación contra los actos administrativos proferidos por los Directores Locales de Educación concernientes a la legalización de establecimientos educativos y definición de tarifas; proyectar las resoluciones para la firma del Secretario de Educación (...)", quedando claro que es de competencia exclusiva del Secretario. Por lo tanto, respecto a los recursos de apelación en cita, no es función de la Dirección de Inspección y Vigilancia la firma de los actos administrativos que conocen de los mismos.

300

5. Conclusiones:

- El delegatario no está facultado para subdelegar, y así lo estipula expresamente el artículo 11, numeral 2º de la Ley 489 de 1998.
- La administración dirige y coordina el procedimiento administrativo, en el cual se debe observar los principios de celeridad, economía y eficacia.
- El funcionario ejerce una función administrativa, dentro de la actuación administrativa que se surte dentro de todo procedimiento administrativo. Los actos que se surten dentro de la actuación administrativa son actos de trámite que sirven como medio para poder culminar, posteriormente, con una decisión tendiente a generar efectos jurídicos.
- Por tanto los autos de sustanciación responde a las funciones propias de la dirección de inspección y vigilancia, sin requerir la firma del Secretario.
- Los actos administrativos propiamente dichos, son los actos definitivos que resuelven una situación jurídica y producen efectos jurídicos, y estos si deben contar con la firma del Secretario de Educación.
- De igual manera, los procedimientos deben lograr su finalidad, las autoridades deben remover de oficio los obstáculos, haciéndose cargo así de ejecutar todo lo que por funciones le corresponda.
- Por tanto, debe facilitarse y agilizarse la gestión de los asuntos administrativos, donde cada dirección u oficina debe surtir todo el trámite necesario para impulsar la actividad administrativa.

Para concluir, al aclarar que la firma de los autos de sustanciación que se surtan dentro del trámite de una investigación administrativa en contra de establecimientos de educación formal, instituciones de formación para el trabajo y desarrollo humano, entidades sin ánimo de lucro con fines educativos, y asociaciones de padres de familia, debe ser a cargo de la Dirección de Inspección y Vigilancia de la SED en ejercicio de sus funciones legales, y al darse un eventual cambio del procedimiento que se debe seguir sobre la materia, no es procedente emitir un Acto Administrativo, en su defecto, es necesario dar gestión a lo estipulado en el artículo 39 del Decreto 19

320

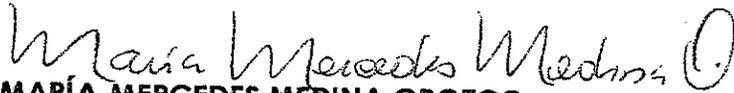
de 2012 que modificó el numeral 2º del artículo 1 de la Ley 962 de 1998, el cual dispone lo siguiente:

Artículo 1. (...) 2. Procedimiento para establecer los trámites autorizados por la ley.- Las entidades públicas y los particulares que ejercen una función administrativa expresamente autorizadas por la ley para establecer un trámite, deberán previamente someterlo a consideración del Departamento Administrativo de la Función Pública adjuntando la manifestación del impacto regulatorio, con la cual se acreditará su justificación, eficacia, eficiencia y los costos de implementación para los obligados a cumplirlo; (...)

El Director del Departamento Administrativo de la Función Pública rendirá, al inicio de cada período de sesiones ordinarias, informe a las Comisiones Primeras de cada Cámara sobre la expedición de los nuevos trámites que se hayan adoptado."

Lo anterior para los fines pertinentes,

Atentamente,


MARÍA MERCEDES MEDINA OROZCO
Jefe Oficina Asesora de Jurídica

Proyectó: Marcela Cubides Laverde
Elaboró: 16 de mayo de 2013