



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN C

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ÉLVER MUÑOZ BARRERA

Bogotá D.C., tres (3) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

Referencia	25000-23-15-000-2020-00332-00
Medio de control	Control inmediato de legalidad
Autoridad que expidió del acto	Alcalde Municipal de Fúquene
Acto sujeto a control	Decreto No. 019 de 2020
Tema	Criterios que fijan la procedencia del CIL. Técnica de control negativa. Se reguló suspensión de términos en actuaciones administrativas con anterioridad a la expedición del D.L. que otorgó esa facultad. Debió declararse la nulidad del artículo 12 del decreto No. 019 de 2020. Falta de competencia del alcalde. Improcedencia de la convalidación.

SALVAMENTO DE VOTO

Con el acostumbrado respeto por la Sala, me aparto de la decisión de declarar la improcedencia del control inmediato de legalidad en relación con la totalidad de las disposiciones contenidas en el decreto No. 019 de 2020, proferido por el alcalde municipal de Fúquene – Cundinamarca, pues considero que debió emplearse un control negativo del acto en donde se excluyeran las materias extraordinarias desarrolladas por el alcalde municipal para realizar su control.

Ello habría permitido advertir que a través del artículo 12 del decreto No. 019 de 2020, el alcalde municipal de Fúquene desarrolló materias excepcionales reguladas en el DL. 491 de 2020, aún cuando dicha autoridad no tenía competencia para ello. Considero entonces que dicho artículo debía ser examinado por esta Corporación y debía declararse nulo, conforme los argumentos que se pasan a exponer:

1. El acto administrativo se expidió con fundamento en facultades ordinarias y se motivó en el DL 417 de 2020.

El decreto 019 del 24 de marzo de 2020, por el cual se declara la emergencia sanitaria en el municipio de Fúquene – Cundinamarca y se dictan otras medidas de preparación, contención y mitigación del riesgo por el COVID-19, se fundamentó en el artículo 1° de la Ley 1523 de 2012, el artículo 209, 314 y el numeral 3° del artículo 315 de la Constitución Política de Colombia y la Ley 715 de 2001. Además de los fundamentos normativos anteriores, alude al decreto 417 del 17 de marzo de 2020 solamente de manera enunciativa y formal.

1.1. Los debates jurídicos que suscitaba el asunto y el juicio negativo de control.

Debido a que a través del decreto objeto de control el alcalde municipal de Fúquene adoptó

medidas de policía, pero también invocó como fundamento en uno de los actos administrativos, el decreto legislativo 417 de 2020, la Sala debió identificar los debates del caso, así:

- a) Concurrencia de facultades ordinarias y facultades extraordinarias.** Dentro de un mismo acto administrativo las autoridades públicas pueden emitir órdenes donde, de forma simultánea, ejerzan sus facultades ordinarias (atribuidas por la constitución y la Ley antes del EE) y aquellas extraordinarias y excepcionales (otorgadas con los decretos legislativos dentro del EE). En el caso en concreto, el decreto 019, objeto del presente CIL, fue expedido durante la vigencia del decreto 417 de 2020 y lo incluye en sus motivaciones.

De allí que lo procedente era abordarse la problemática jurídica tendiente a establecer cuál debe ser el control adecuado a este tipo de actos administrativos en los que, en principio, concurren facultades ordinarias con extraordinarias.

Lo procedente era que la Sala llevara a cabo el control del decreto 019 de 2020 con el objeto de examinar si dentro de aquél el alcalde municipal de Fúquene desarrollaba alguna de las **materias** establecidas en los decretos legislativos o ejercía alguna facultad extraordinaria. Debía entonces esta Corporación diferenciar aquellas materias que caen dentro de la órbita de las facultades ordinarias, de las que sí pueden caer dentro del ámbito de las facultades extraordinarias derivadas del estado de excepción y, de esta manera, tener como objeto de control aquellas facultades que surgen a partir del estado de emergencia económica, social y ecológica. De otra forma, renunciaría a su función constitucional y legal, por una simple argucia formal de la autoridad administrativa que podría utilizar como fundamento el decreto legislativo que declara el EE para asumir competencias y funciones que no le corresponden dentro de un acto administrativo, rompiendo la coherencia normativa, arriesgando la seguridad jurídica y eludiendo con ello el control inmediato de legalidad.

- b) El CIL adecuado durante la vigencia del D. 417 de 2020 y previo al desarrollo de materias de los decretos legislativos del EE.** Si efectivamente hay concurrencia del ejercicio de funciones ordinarias y extraordinarias, sin que todavía se hayan expedido los decretos legislativos para poder determinar las materias que son objeto de los mismo, entonces, ¿Cuál debe ser el control adecuado? La respuesta a ello es un **control negativo**, en el que únicamente se evalúe la legalidad de la facultad extraordinaria que haya sido incluida dentro del acto administrativo, es decir, debe diferenciarse y decantarse las materias que son propias de facultades extraordinarias para realizar su control, puesto que si bien el decreto legislativo mediante el cual se declara el EE es una ley en sentido material y por tal razón tiene efectos jurídicos, es una ley habilitante que contiene causas y fines, pero que no ha sido desarrollada por medio de las materias que deben ser objeto de los decretos legislativos.

En consecuencia, el control adecuado de este tipo de actos administrativos debe distinguir y excluir para su control, cualquier materia legislativa que esté reservada al legislador extraordinario u ordinario y que haya sido asumida por la autoridad administrativa en el acto administrativo objeto del CIL. Lo que verifica el juez del CIL

es si la autoridad pública utilizó alguna facultad que tenga reserva legal amparado en la declaratoria del estado de excepción mediante decreto legislativo 417 de 2020, por ello no se inmiscuye en la revisión de sus facultades ordinarias, sino que su juicio va contra lo que no debió hacer por falta de competencia. Es decir, si al haber motivado el acto administrativo en el decreto de declaratoria del EE (D.L. 417 de 2020) lo hizo de manera enunciativa o formal, caso en el cual, al encontrarse que fue más allá de lo enunciativo o formal, habrá que declarar su ilegalidad por falta de competencia.

Precisado lo anterior, considero que procedía realizar el control del decreto 019 de 2020 para establecer si sólo se utilizó de manera enunciativa o formal el DL. 417 de 2020, o si, por el contrario, la autoridad administrativa asumió materias legislativas, pese a no haber motivado el acto en otro decreto legislativo.

2. Criterios de procedencia del CIL y competencia de la Sala.

2.1. El artículo 12 del decreto sometido a control sí desarrollaba una facultad excepcional. El estudio del criterio del desarrollo de un D.L. involucra un criterio material de análisis.

Sostengo que los **artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 13 y 14** de este decreto, se expedieron con fundamento en facultades ordinarias, y, respecto de ellos, no debía realizarse CIL.

Sin embargo, respecto del **artículo 12** del mismo, considero que debía realizarse el CIL de fondo por las siguientes razones:

- a) Es cierto que con decreto 417 del 17 de marzo de 2020 el Presidente de la República, con la firma de todos los ministros, declaró el estado de conmoción económica, social y ecológica, en todo el territorio nacional. Sin embargo, con la expedición de dicho decreto no había adoptado ninguna medida a través de decretos legislativos, ni había regulado alguna materia en ejercicio de sus facultades excepcionales (Arts. 214 y 215 CP, Art. 7 y 20 Ley 137 de 1994);
- b) Si bien el decreto 019 de 24 de marzo de 2020 está fundamentado en el decreto 417 del 17 de marzo de 2020, el mismo sólo hizo uso de las facultades generales u ordinarias atribuidas al alcalde municipal de Fúquene, especialmente, las conferidas en el artículo 1º de la Ley 1523 de 2012, el artículo 209, 314 y el numeral 3º del artículo 315 de la Constitución Política de Colombia y la Ley 715 de 2001. Todo ello en concordancia con lo establecido tanto en la Resolución 385 del 12 de marzo de 2020, proferida por el Ministerio de Salud y Protección social, como en los Decretos 420 del 18 de marzo y 457 del 22 de marzo de 2020, proferidos por el Presidente de la República en ejercicio de sus facultades legales y constitucionales ordinarias, y que por su naturaleza jurídica no fueron objeto de control automático de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional.
- c) **El artículo 12** del mismo acto administrativo, se refieren a materias que sí han sido reguladas mediante Decretos Legislativos donde se dictaminaron órdenes en relación con la suspensión de términos de las actuaciones administrativas (DL. 491 del 28 de marzo de 2020). Veamos:

Se ordenó en el **artículo 12°** del decreto objeto de revisión (019 del 24 de marzo de 2020), "Suspender los términos en todas las actuaciones administrativas que adelante la administración, las cuales se reanudarán una vez, se levanten las medidas adoptadas con ocasión a la Pandemia del COVID-19.". Exceptuando los trámites que se adelanten ante la Comisaría de Familia con ocasión de los procesos de restablecimiento de Derechos de niños, niñas y/o adolescentes.

Sobre este aspecto, reguló el artículo 6° del Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020:

"Art. 6°. Suspensión de términos de las actuaciones administrativas o jurisdiccionales en sede administrativa. *Hasta tanto permanezca vigente la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social las autoridades administrativas a que se refiere el artículo 1 del presente Decreto, por razón del servicio y como consecuencia de la emergencia, podrán suspender, mediante acto administrativo, los términos de las actuaciones administrativas o jurisdiccionales en sede administrativa. La suspensión afectará todos los términos legales, incluidos aquellos establecidos en términos de meses o años. La suspensión de los términos se podrá hacer de manera parcial o total en algunas actuaciones o en todas, o en algunos trámites o en todos, sea que los servicios se presten de manera presencial o virtual, conforme al análisis que las autoridades hagan de cada una de sus actividades y procesos, previa evaluación y justificación de la situación concreta. En todo caso los términos de las actuaciones administrativas o jurisdiccionales se reanudarán a partir del día hábil siguiente a la superación de la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social. (...)"*

Por tanto, se cumplía con este criterio de competencia y procedía el CIL frente a este artículo.

Luego, lo que debía responder la Sala era si este artículo se ajustaba o no al ordenamiento jurídico teniendo en cuenta que fue adoptado antes de que se prohiriera el D.L. 491 del 28 de marzo de 2020, es decir, cuando el alcalde municipal de Fúquene aún no contaba con las facultades legales para ello. Situación que implicaba estudiar si es procedente la convalidación o no de dicho acto administrativo, en un juicio de legalidad como el que pasa a exponerse:

3. Juicio de legalidad.

3.1. Improcedencia de la convalidación. Ilegalidad del artículo 12 del decreto 019 del 24 de marzo de 2020.

Dado que el acto objeto de control fue proferido con anterioridad a la expedición de los Decretos legislativos que reguló la suspensión de términos de las actuaciones administrativas (D.L. 491 del 28 de marzo de 2020), la Sala debía plantearse los siguientes debates:

- a) Si la Sala realizara el control inmediato de legalidad con base en normas que al momento de expedición del decreto 019 de 2020 no existían, cometería por lo menos dos irregularidades:
 - La relativa al desconocimiento del principio de presunción de legalidad de los actos administrativos, en el sentido de que dicho decreto fue expedido con

base en unas normas vigentes y obligatorias, por lo tanto, son éstas las que le servían de parámetro para verificar su legalidad, luego si la autoridad pública contaba con facultades propias ordinarias, no tendría por qué afectarse la legalidad del acto que se expidió con fundamento en ellas. Si no, habría ilegalidad por falta de competencia.

- Si había falta de competencia, pero de todas formas se declarara legal con fundamento en una norma futura, entonces habría una convalidación¹ de una actuación pasada o anterior de la autoridad pública. Es decir, si se utilizara el decreto legislativo 491 del 28 de marzo de 2020 para resolver sobre su legalidad por vía del CIL, convalidaríamos la actuación, pero si no, debíamos declarar su ilegalidad por falsa motivación o falta de competencia debido a que al momento de expedir el acto era una facultad legislativa que no tenía.
- b) Se presenta un escenario jurídico particular en el decreto 019 del 2020: el alcalde del municipio de Fúquene ejerce sus facultades ordinarias con fundamento en el artículo 1° de la Ley 1523 de 2012, el artículo 209, 314 y el numeral 3° del artículo 315 de la Constitución Política de Colombia y la Ley 715 de 2001; pero, concomitantemente alude a las facultades que se originaron con base en el decreto 417 del 17 de marzo de 2020, aún cuando, desde esta fecha y hasta el 24 de marzo de 2020, no habían sido reguladas las materias del D.L. 491 de 2020.

Por tanto, la sala debía resolver si dicha autoridad tenía competencia para adoptar ciertas medidas con base en normas ordinarias y, en consecuencia, era suficiente aducir el decreto mediante el cual se declaró el estado de excepción para tomar esas determinaciones, sin que existiera decreto legislativo alguno que asumiera la materia. En este sentido, debía preguntarse si el contenido del decreto 019 de 2020 expedido durante el estado de excepción y antes del decreto legislativo, podía convalidarse para efectos del CIL.

- c) Respondiendo a los interrogantes planteados, considero que debía declararse la nulidad del artículo 12 del decreto 019 de 2020, por las siguientes razones:
1. La presunción de legalidad de los actos administrativos es un principio esencial en el derecho administrativo que sirve de fundamento para el funcionamiento de la administración pública y las relaciones con las ciudadanías, que sin duda también debe respetarse dentro de los estados de excepción; por lo tanto, habría que respetarse la actuación de la administración que tuvo como fundamento un marco normativo que le era obligatorio y al que se sometió para adoptar la decisión.
 2. Sin embargo, lo anterior no es óbice para que bajo el ropaje del estado de excepción declarado mediante el Decreto 417 del 17 de marzo 2020, la autoridad administrativa pueda desbordar las facultades y funciones que le corresponden de manera ordinaria. Es decir, aunque el Tribunal no podría ejercer el control inmediato de legalidad sobre las facultades ordinarias que le son propias y que efectivamente ejerció entre el 17 y el 24 de marzo de 2020, por cuanto no

¹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN QUINTA. Consejera ponente: RORÍO ARAÚJO OÑATE. Bogotá D.C., catorce (14) de junio de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 25000-23-24-000-2010-00638-01

desarrollaron decretos legislativos proferidos en el marco de la excepcionalidad y por tanto, durante este lapso, el señor alcalde del municipio de Fúquene debía y podía actuar utilizando las facultades ordinarias en las que se fundó, lo cierto es que **no podía regular** materias que desbordan sus facultades, como las asumidas mediante Decreto Legislativo 491 de 2020, pues habría una **falta de competencia**, si se tiene en cuenta que se adujo el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020 como fundamento para adoptar dichas determinaciones, pero la declaratoria del estado de excepción por sí misma, no le facultaba para que asumiera competencias que no se encontraban establecidas en las normas ordinarias, como la de suspender términos de las actuaciones administrativas.

3. **Legalidad y falta de competencia.** Debe recordarse que el Estado de Derecho tiene el principio de legalidad como fundamento de una de las garantías de los derechos y libertades, y que el derecho administrativo surge como "manifestación directa contra las técnicas de gobierno absolutista". Es a "esta técnica estructural precisa a lo que se llama propiamente principio de legalidad de la administración: por cuanto está sometida a la ley, a cuya ejecución limita sus posibilidades de actuación². De la misma forma lo ha entendido el Consejo de Estado, cuando sostiene que el principio de legalidad es "consustancial al Estado Social de Derecho consagrado en el artículo 1º de la Constitución Política, asegurando de esta forma el respeto y la vigencia de la jerarquía normativa"³. Para el Alto Tribunal, "el principio de legalidad de la administración debe operar como cobertura legal de toda actuación, pues es la potestad gestada en esa legalidad la que la habilita para su acción, otorgándole poderes jurídicos en los que se concreta el poder público"⁴.

Ahora con respecto a la competencia, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha definido de manera clara el concepto y las características como elemento esencial del acto administrativo, así:

"La competencia es la aptitud o atribución jurídica para el desarrollo de determinadas funciones; dentro de los límites, condiciones y precisos términos señalados por la Constitución, la Ley o el Reglamento. Dentro de dicho contexto, la competencia tiene como notas características la taxatividad; la irrenunciabilidad; y, en principio, la indelegabilidad. Por su parte, los factores objetivos de la competencia están dados por: el territorio, ratio loci; la materia, ratio materie; y, el tiempo, ratio temporis. De conformidad con lo establecido en el artículo 84 del C.C.A., la vulneración de este pilar fundamental en el ejercicio del poder público, por la carencia de esta atribución para el actuar, implica la configuración de una causal de nulidad, y, en consecuencia, la invalidación del acto objeto de cuestionamiento. A su turno, cabe resaltar que nuestra Constitución Política se ocupó en varias disposiciones de regular el tema relativo al ejercicio de la función pública, dejando bien en claro que la competencia al momento de proferir un pronunciamiento que encarne la voluntad del Estado está sometida al principio de legalidad."⁵

² García de Entería, Eduardo, Fernández Tomas-Ramón. Curso de Derecho Administrativo. Tomo I. Temis- Palestra. Bogotá-Lima 2008, pp. 413.

³ Consejo de Estado, Sección Cuarta, auto del 24 de octubre de 2007, radicación número 50001-23-31-000-2006-01139-01(16583), MP. Dra. Liga López Díaz.

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", sentencia del 17 de abril de 2008, radicación número 54001-23-31-000-2000-00020-01(2776-05). MP. Dr. Jaime Moreno García.

⁵ Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 27 de enero de 2011, Radicación número: 68001-23-31-000-2000-01279-01(0787-10), MP. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

Asimismo, teniendo en cuenta que a partir de la legalidad se busca atribuir potestades a la administración y establecer en cabeza de una autoridad o agente público funciones para el legítimo ejercicio de una función administrativa, con el fin de adoptar decisiones que establezcan o afecten derechos subjetivos de las personas, entonces, la pregunta ahora es por la manera en que se atribuye la potestad-función toda vez que se trata de poder establecer cuáles y de qué naturaleza son las exigencias o reglas para la atribución de la competencia. De no ser así, ¿Cómo se sabe o conoce qué y quién tiene la competencia para actuar y decidir válidamente?

El profesor García de Enterría⁶ aborda esta problemática sosteniendo que son tres los mecanismos para atribución de potestades, puesto que definitivamente deben ser previas a la decisión: i) auto atribución o la potestad reglamentaria general⁷, como lo sería, por ejemplo, el artículo 215 CP; ii) la atribución expresa y poderes inherentes o implícitos; y iii) la atribución específica y/o cláusulas generales de apoderamiento. Atribuciones que no convergen respecto a la facultad de suspender los términos de las actuaciones administrativas por parte del alcalde municipal de Fúquene.

En conclusión, la autoridad administrativa de Fúquene reguló una materia de reserva exclusiva del Presidente de la República dentro del estado de excepción. Actuó entonces sin competencia alguna y, en consecuencia, dichas disposiciones debían ser declaradas ilegales.

4. La convalidación de las actuaciones es una figura jurídica administrativa que no ha sido aceptada por nuestra jurisprudencia de manera absoluta y solamente procede siempre que se trate de vicios que no afecten la validez del acto administrativo⁸ porque rompería con el principio de legalidad, baluarte de nuestro derecho administrativo. En este sentido, considero que tampoco era procedente aceptar dicha figura dentro del estado de excepción, si se tiene en cuenta la rigurosidad y el criterio estricto que debe primar en el control inmediato de legalidad, debido a que se trata de la materialización del sistema de pesos y contrapesos.

En este sentido, no puede permitirse que las autoridades públicas asuman facultades que le son propias al Presidente y que adquiere solamente de manera excepción y transitorias, una vez reguladas por aquél en Decretos Legislativos, quien es la autoridad investida para crear el "régimen de legalidad" propio del estado de excepción. Por ello, no operaba la convalidación del decreto 019 de 2020 y, en consecuencia, debía declararse su ilegalidad.

⁶ García de Enterría, op cit, pp. 429-435

⁷ *Ibidem*, pp. 430

⁸ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 22 de marzo de 2018, Radicación número: 05001-23-31-000-2008-00254-01, CP: Carlos Enrique Moreno Rubio. "Al respecto, debe precisarse que la convalidación de los actos administrativos implica el saneamiento del vicio que puede llegar a afectar un acto administrativo. En relación con la teoría de la convalidación de los actos administrativos, en especial, de la llamada «purga de ilegalidad», la Sección Primera del Consejo de Estado ha considerado: (...) De manera que, con la convalidación se pretende sanear, depurar, corregir un acto que tiene vocación de anulabilidad, por lo que no debe tratarse de una irregularidad de tal gravedad que afecte ni los elementos de la esencia ni los requisitos de validez del acto administrativo, como sí lo podrá constituir un cambio en sentido positivo por disposición expresa del Legislador. En tal sentido, podría considerarse que la convalidación es una excepción a la posibilidad de que el acto sea declarado nulo, es un mecanismo jurídico con el que se sanean los vicios que puedan recaer sobre el mismo. La convalidación del acto administrativo puede ocurrir por un cambio en sentido positivo de la legalidad sobreviniente, mas no podrían sanearse a través de dicha vía, la carencia absoluta de competencia o el acto ilegal que no se ajusta a las normas jurídicas vigentes, tal como ocurre en este asunto.

5. Cabe señalarse que la nulidad parcial del decreto 019 de 2020 respecto **del artículo 12**, para nada afectaba las situaciones particulares y concretas que se hubieren consolidado, conforme lo ha establecido el Consejo de Estado. De allí que dicha declaratoria no fuera una medida desproporcionada en el estado de excepción y en cambio, sí contribuía a que hubiere mayor disciplina en el respeto a la legalidad vigente y a que se efectivizara el control integral de legalidad, limitando la adopción de facultades extraordinarias por parte de autoridades administrativas que no contaban con tal atribución, so pretexto de la anormalidad jurídica que supone el COVID-19.

Ello generaría mayor confianza a las ciudadanías respecto al ejercicio del poder de las autoridades públicas con total sujeción al marco normativo y correlativamente, en los Jueces que, dentro de este estado de excepción, realizan un control estricto de las medidas adoptadas por dichas autoridades para prevenir su extralimitación.

De acuerdo con lo anterior, considero que la Sala debió adelantar un control negativo del acto administrativo sometido a control para excluir las materias donde se desarrollan facultades excepcionales de aquellas que sólo implican el uso de las facultades ordinarias por parte del alcalde municipal de Fúquene – Cundinamarca.

A partir de este control negativo, debió declararse la improcedencia del CIL respecto de los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 13 y 14, por tratarse de materias que fueron proferidas en ejercicio de las facultades ordinarias del alcalde municipal de Fúquene – Cundinamarca.

Sin embargo, sostengo que el artículo 12 del decreto 019 de 2020 sí debió examinarse en su legalidad y debió declararse nulo, al advertirse que el alcalde municipal de Fúquene actuó en ejercicio de competencias que no le correspondían y no era posible convalidar su actuación.

Fecha et supra,

Firmado electrónicamente, en la plataforma SAMAI.

JOSÉ ÉLVER MUÑOZ BARRERA
Magistrado