

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SALA PLENA**

CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD

Actuación procesal No: 2020 – 0249

Acto Administrativo: DECRETO 156 DE MARZO 20 DE 2020 – DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA

SALVAMENTO DE VOTO

La Sala Mayoritaria, resolvió declarar **improcedente** el control inmediato de legalidad del Decreto 156 de marzo 20 de 2020, expedido por el Departamento de Cundinamarca, argumentando en síntesis que el acto administrativo objeto de análisis no se fundamentó expresamente en ningún decreto legislativo.

1. DE LOS FUNDAMENTOS DEL SALVAMENTO – ASPECTOS GENERALES

En primer lugar, debo aclarar que discrepo de la metodología adoptada por la Sala Mayoritaria, para clasificar los trámites correspondientes a controles inmediatos de legalidad; puesto que en aras de dar celeridad a la discusión de los mismos: **i)** se ha realizado una clasificación (casos en los que se declara la improcedencia – casos en donde se realiza un análisis de fondo), partiendo de utilizar un criterio formal para determinar los actos administrativos que son susceptibles de control inmediato de legalidad, y los que no; y **ii)** a su vez, a partir de dicha clasificación, la Sala ha creado unos sub factores formales, para determinar la improcedencia o no del control inmediato de legalidad, tales como: **a)** que el acto administrativo no cita el Decreto Legislativo a desarrollar; **b)** que se fundamenta en normativa ordinaria y de excepcionalidad, lo cual según esta nueva clasificación genera la improcedencia; **c)** que el acto administrativo solo cita el Decreto Legislativo 417 de marzo 17 de 2020 y; **d)** que el acto administrativo es anterior o concomitante al decreto legislativo con el cual se relaciona.

De conformidad con lo expuesto, es claro que la Sala Mayoritaria, a partir de la clasificación que efectuó y de los criterios que adoptó, está realizando un análisis meramente formal de los actos administrativos puestos en su conocimiento, esto es, simplemente está verificando si en el acto administrativo se cita o no un decreto legislativo en particular a desarrollar, lo que implica que ha abandonado el análisis sustancial, esto es de las razones, motivaciones, y finalidades del acto administrativo, desconociendo, inclusive, sus propios pronunciamientos, en donde ha sostenido que el análisis del acto administrativo debe ser sustancial y no meramente formal¹.

¹ Frente a la necesidad que en el acto administrativo se cite el decreto legislativo a desarrollar, la Sala ha proferido varias decisiones indicando que lo que prima es el criterio material por conexidad. A modo enunciativo observe los siguientes fallos: Alberto Espinosa Bolaños (2020 -638); Cerveleon Padilla Linares (2020 – 436); Cerveleon Padilla Linares (2020-285); Juan Carlos Garzón Martínez (2020 – 837); Juan Carlos Garzón Martínez (2020 – 915); Carlos Orlando Alberto Jaiquel(2020 – 506); Alberto Espinosa Bolaños (2020 – 567); José Éver Muñoz (2020 – 548); Patricia Salamanca Gallo (2020 – 313). La última providencia de la Sala respecto a la aplicación del criterio formal vs sustancial correspondía a la aprobada en Sala Plena del 13 de julio de 2020, M.P. José Éver Muñoz (2020 – 894). En esta providencia se indicó que para determinar

Contrario al planteamiento de la Sala Mayoritaria, sostengo que debemos dar prevalencia al principio de legalidad sustancial o constitucional, por encima del principio de legalidad formal, más aún en actuaciones procesales donde rige la **oficiosidad**; puesto que la sociedad requiere de un adecuado entendimiento de la razón y finalidad de este mecanismo de control inmediato de legalidad, para tener certeza, que aún en estado de excepción constitucional, la jurisdicción contenciosa administrativa, da prevalencia a los aspectos de orden sustancial sobre los meros formales y entiende que la interpretación no puede girar alrededor de la norma, sino que cumple una función esencial: hacer respetar el ordenamiento jurídico de manera sustancial.

2. DE LOS REPAROS CONCRETOS A LA PROVIDENCIA DE LA SALA, EN EL CASO CONCRETO

Una vez aclarado, los anteriores aspectos de orden general, advierto que el caso objeto de estudio presentaba diversos problemas jurídicos, frente a los cuales centraré el salvamento de voto.

a. ¿Cuál es el alcance que se le debe dar a que el Decreto 156 de marzo 20 de 2020, expedido por el Departamento de Cundinamarca, cite como fundamento normativo el Decreto Legislativo 417 de marzo 17 de 2020?

La Sala mayoritaria fue del criterio, que aun cuando el Decreto 156 de marzo 20 de 2020, expedido por el Departamento de Cundinamarca, citaba como fundamento normativo el Decreto Legislativo 417 de marzo 17 de 2020, ello no conlleva a asumir conocimiento de su control inmediato de legalidad, puesto que el control inmediato de legalidad recae únicamente sobre las medidas generales que desarrollen los decretos con fuerza de ley, expedidos con posterioridad a la declaratoria del estado de excepción.

Al respecto, se advierte que independientemente de la discusión sobre la naturaleza del Decreto Legislativo que declara un estado de excepción, lo que no puede desconocer la Sala y que no tiene ninguna duda, es que **la citación del Decreto Legislativo 417 de marzo 17 de 2020, determina el tipo de facultades con las cuales un ente territorial o entidad pública, pretende asumir unas competencias**, estos es facultades propias del estado de excepción.

Lo anterior es relevante, por cuanto el control inmediato de legalidad no solamente es positivo, como se parece entender, sino que también es negativo, lo que implica que este control no solo opera cuando un acto administrativo señala expresamente que es expedido en desarrollo de un determinado decreto legislativo proferido con posterioridad a la declaratoria del estado de excepción, sino que también procede

si un acto administrativo desarrolla un decreto legislativo se debe analizar materialmente su contenido y confrontarlo con todos los decretos legislativos que se han expedido a la fecha, esto es, la Sala adoptó un criterio sustancial. Igualmente, es importante precisar que la Sala ya ha asumido conocimiento de procesos en los que se presentaba concomitancia entre el decreto legislativo y el acto administrativo. Al respecto obsérvese el Proyecto de fallo con ponencia de señor Magistrado Alberto Espinosa Bolaños (2020 – 765)

aun cuando no se indique ello, pero el Juez de lo contencioso administrativo advierta que tiene relación con alguna de las medidas adoptadas mediante decreto legislativo, bien sea porque lo desarrolla o lo desconoce, evento este último en el cual, corresponde al Juez efectuar el control inmediato de legalidad en garantía de la coherencia del ordenamiento jurídico.

Así las cosas, aun bajo una tesis restrictiva, no puede sostener la Sala que el hecho que se cite el Decreto Legislativo 417 de marzo 17 de 2020 en un acto administrativo no tiene incidencia, por el contrario, dicha circunstancia conlleva a que el Juez de lo contencioso administrativo deba ser más restrictivo a la hora de declarar la improcedencia del control inmediato de legalidad, bajo el recto entendimiento que si el propio ente administrativo invoca facultades de excepcionalidad, al Juez le corresponde, para no asumir conocimiento, demostrar que dicho acto administrativo no desarrolla ninguna medida adoptada por el Gobierno Nacional con ocasión del estado de excepción, antes de la expedición del acto administrativo objeto de análisis, o durante la vigencia del mismo.

b. ¿A efectos de determinar si un acto administrativo fue expedido en desarrollo de un decreto legislativo, debe primar un criterio formal o sustancial?

La Sala mayoritaria sostuvo que, como quiera que Decreto 156 de marzo 20 de 2020, no citó ningún Decreto Legislativo diferente al 417 de marzo 17 de 2020, no se podía entender que fuere expedido en desarrollo de ningún decreto legislativo y por tanto, no era susceptible de control inmediato de legalidad.

Lo afirmado significa, que se acude a un criterio formalista y no del contenido y finalidad del decreto departamental, para declarar la improcedencia y no asumir el estudio de fondo.

Esa línea interpretativa formalista, conlleva graves consecuencias: **(i)** Aceptar desde esa visión formal, que **la competencia la define realmente el propio órgano ejecutivo;** bajo el entendido que si no cita ningún decreto legislativo, o fundamenta sus atribuciones en otras disposiciones legales, los actos administrativos relacionadas con los decretos legislativos, no serían susceptibles de control inmediato de legalidad; **(ii)** Aceptar que la competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa en esta materia, no es propia, directa, autónoma, por cuanto en estricto sentido, depende de la citación expresa de la fuente formal: decretos legislativos; **(iii)** Incurrir en un grave error, al confundir: La fuente formal (decretos legislativos – base o fundamento para la procedencia del control inmediato de legalidad) y el análisis jurídico relacionado con la manera como se pretende desarrollar ese decreto legislativo (fundamento para la decisión de fondo); no existe la menor duda que un decreto legislativo no se entiende desarrollado, bajo la exigencia ritual que se cite o no, de manera expresa.

Considero que se debe dar prevalencia al contenido sustancial del decreto departamental, que implica una recta interpretación de su motivación, de su finalidad y de las decisiones adoptadas, bajo los siguientes supuestos: **(i)** acudir al **principio sustancial “del contenido del acto administrativo”** y no solamente o exclusivamente a las normas que se invoquen para su expedición, lo cual materializa la finalidad de este

especial control inmediato de legalidad; **(ii)** Ahora bien, el hecho que en el Decreto departamental, no se hubiere citado de manera expresa, el Decreto legislativo por medio del cual se otorgaron facultades en materia de contratación pública a las entidades públicas (Decreto Legislativo 440 de marzo 20 de 2020) , **no conllevaba bajo un criterio sustancial, a restarle competencia a esta Corporación para ejercer el control inmediato de legalidad**, por cuanto el decreto departamental, fue proferido con el propósito de tomar decisiones administrativas, frente a la causa que fundamentó la declaratoria del estado de excepción; es decir: mediante el decreto departamental se adoptan medidas relacionadas con las directrices impartidas por el Gobierno Nacional, con ocasión del estado de excepción declarado a consecuencia del COVID-19, en materias tan importantes como el régimen de contratación, el régimen presupuestal y la propia vigencia de las medidas excepcionales; **(iii)** basta una tranquila lectura del decreto departamental, para colegir, que se declaró la urgencia manifiesta con la única finalidad de tomar medidas respecto al COVID-19, no para otros aspectos que se relacionarán exclusivamente con situaciones propias de esa territorialidad.

Aunado a lo anterior, desconoció la Sala que: **(i)** para el momento en que se expidió el Decreto 156 de marzo 20 de 2020, **ya había sido expedido el Decreto Legislativo 440 de marzo 20 de 2020**; **(ii)** las disposiciones adoptas en el decreto departamental **se relacionan con las materias reguladas por el Gobierno Nacional en el Decreto Legislativo 440 de marzo 20 de 2020**; razones por las cuales, en garantía del ordenamiento jurídico, se debió haber asumido un conocimiento de fondo sobre el Decreto 156 de marzo 20 de 2020, expedido por el Departamento de Cundinamarca.

c. ¿El hecho que se haya declarado la urgencia manifiesta con fundamento en normativa ordinaria, lleva a restarle competencia a esta Corporación para efectuar el control inmediato de legalidad?

Me detendré en esta cuestión, habida cuenta que constituye la verdadera *ratio decidendi* de la decisión judicial; la Sala Mayoritaria es del criterio, que como quiera que el Gobernador de Cundinamarca acudió a la figura de la urgencia manifiesta, con fundamento en normas ordinarias, por tanto no procedía el control inmediato de legalidad.

Al respecto, considero que lejos de restarle competencia a esta Corporación para ejercer el control inmediato de legalidad del Decreto departamental, **el hecho que el Gobernador haya acudido a un régimen ordinario, para tratar aspectos frente a los cuales el Gobierno Nacional previamente había asumido competencia desde la expedición del Decreto Legislativo 417 de marzo de 2020 y con mayor razón, con la expedición del Decreto Legislativo 440 de marzo 20 de 2020**, es una razón más que suficiente para que la Sala hubiere efectuado un análisis de fondo sobre la legalidad de dicho acto administrativo y su compatibilidad y coherencia con el ordenamiento jurídico superior; lo anterior por cuanto:

(a). En estados de excepción constitucional, las autoridades territoriales, **no conservan una vez expedido el decreto de estado de emergencia económica, social y ecológica, una competencia general, ordinaria, para ejercer la función administrativa respecto a las actuaciones relacionadas con la PANDEMIA COVID-19**, por el contrario, el ejercicio

de esa función, se concreta de manera especial en “desarrollar en el ámbito de su propia jurisdicción los decretos legislativos que se hayan expedido por el Gobierno Nacional”; una interpretación diferente implicaría: **(i)** dejar sin efecto la política legislativa nacional; **(ii)** permitir una multiplicidad de decisiones a nivel territorial; **(iii)** desconocer que la pandemia COVID-19, no es un asunto local, ni territorial, ni siquiera nacional, sino global.

d. La afirmación de la existencia de medios de control ordinarios para fundamentar la improcedencia del control inmediato de legalidad.

Finalmente, se precisa que si bien no existe una norma que consagre esa dualidad de controles, con la finalidad de ejercer el control no de impedirlo, nuestro Consejo de Estado ha sido de la línea que las decisiones administrativas proferidas en estados de excepción, que no guardan relación con la causa y por consiguiente no desarrollan decretos legislativos, pueden ser impugnadas ante la jurisdicción mediante los denominados medios de control ordinarios.

Aceptar esa dualidad de control, en una interpretación finalista y sistemática, significa: **(i)** En estados de excepción constitucional, el **principal control** es el inmediato de legalidad, con la finalidad de decidir en un tiempo razonable y de fondo, si el ejercicio de la función administrativa, se ajusta al ordenamiento jurídico superior, no solamente a los decretos legislativos; **(ii)** No es de recibo pretender invertir la regla, según la cual, en materia de excepción constitucional existe un control inmediato de legalidad y no un control ordinario de los actos administrativos, proferidos con fundamento en la declaratoria del estado de excepción; **(iii)** No puede perderse de vista las diferencias esenciales entre los dos controles (esencialmente el principio de oficio que caracteriza al control inmediato de legalidad – la ausencia de demanda – la ausencia de partes); **(iv)** La afirmación de la posibilidad de acudir al “control por vía de los mecanismos ordinarios”, **no es suficiente para justificar la decisión de la sala plena de declarar la improcedencia y no aceptar el estudio de fondo, de manera sustancial que le corresponde.**

3. CONCLUSIONES

De conformidad con lo expuesto, considero que lo pertinente en el caso concreto era, efectuar el análisis de fondo del Decreto 156 de marzo 20 de 2020, expedido por el Departamento de Cundinamarca, para que la Sala Plena del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en garantía del ordenamiento jurídico, determinara, si dicho acto administrativo se ajustaba o no al ordenamiento jurídico, máxime en un caso como el presente donde: **i)** el acto administrativo objeto de análisis invocó las facultades excepcionales del Decreto Legislativo 417 de marzo 17 de 2020; **ii)** adoptó determinaciones en materia de contratación estatal, con el propósito de hacer frente al COVID-19, igual razón de ser del Decreto Legislativo 440 de marzo 20 de 2020 y; **iii)** fue expedido cuando ya estaba surtiendo plenos efectos jurídicos el Decreto Legislativo 440 de marzo 20 de 2020.

Considero que una decisión como la que se adoptó (declarar la improcedencia): **i)** desconoce la razón de ser y finalidad de este especial medio de control, que no es otro

que limitar al poder de las autoridades administrativas, e impedir la aplicación de normas ilegales en tiempos de excepcionalidad constitucional; y; **ii)** da a entender que la función judicial no es independiente y autónoma, sino que está supeditada a la propia discrecionalidad del ejecutivo departamental, quien al momento de adoptar una decisión, si no cita un decreto legislativo, según la tesis de la Sala mayoritaria, releva de control inmediato de legalidad a sus actos administrativos, así aborden o contraríen aspectos relacionados con las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional mediante decretos legislativos.

Con el debido respeto,


JUAN CARLOS GARZÓN MARTÍNEZ
Magistrado

Fecha ut supra