

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCION TERCERA
SUBSECCIÓN "A"

Bogotá D.C., Veintitrés (23) de abril de dos mil Veinte (2020)

Magistrado Ponente: Dr. JUAN CARLOS GARZÓN MARTÍNEZ

Proceso No.: 2020 – 0981

MEMORANDO 20202100116253 DEL 2 DE ABRIL DE 2020

Entidad que profiere: SECRETARÍA DISTRITAL DE GOBIERNO

CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD

NO AVOCA CONOCIMIENTO

I. Antecedentes

Mediante acta de reparto, le correspondió al Despacho el conocimiento del "CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD", del **MEMORANDO 20202100116253 DEL 2 DE ABRIL DE 2020**, proferido por la SECRETARÍA DISTRITAL DE GOBIERNO, mediante el cual se imparten "*LINEAMIENTOS FRENTE A LAS BUENAS PRÁCTICAS EN CONTRATACIÓN PÚBLICA DE CONFORMIDAD AL PROCEDIMIENTO DE LA EMERGENCIA ECONÓMICA, SOCIAL Y ECOLÓGICA, Y DE CALAMIDAD PÚBLICA.*"

II. CONSIDERACIONES

A continuación, el Magistrado sustanciador¹ analizará si en el presente asunto se cumplen los presupuestos procesales, para avocar o no, el conocimiento del control inmediato de legalidad del memorando indicado.

1. De la razón y finalidad del control automático de legalidad.

- 1.1. La Constitución Política de Colombia, prevé en sus artículos 212 a 215, la facultad que tiene el Gobierno Nacional para declarar estados de excepción (guerra exterior, conmoción interior y emergencia económica social y ecológica) en circunstancias especialísimas, en las que en procura de conservar el orden público y seguridad nacional, se deban adoptar decisiones más drásticas de lo normal, e inclusive restrictivas de la libertad jurídica de los ciudadanos.
- 1.2. Posteriormente, con la expedición de la Ley 137 de 2 de junio de 1994, a través de la cual se reglamentan los estados de excepción, el legislador estableció un **CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD de los actos administrativos de carácter general, dictados por las autoridades**

¹ Precisa el Despacho, que la Sala plena del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sesión virtual del 31 de marzo de 2020, determinó que la competencia para no dar trámite al control inmediato de legalidad radica en el magistrado sustanciador.

Frente a esta decisión el Despacho reitera sus argumentos expuestos en la sala virtual en el sentido, que, dada la especialidad del control inmediato de legalidad, que inclusive el propio artículo 185 del CPACA consagra, que la competencia para proferir el fallo radica en la Sala Plena y no en las secciones, la recta interpretación de esta normativa nos permite sostener, que la decisión de no avocar el conocimiento igualmente le corresponde a la Sala Plena; lo anterior por cuanto: **ii)** el cumplimiento de los supuestos legales, que permiten el control inmediato de legalidad, implica -de todas formas- un análisis sustancial del acto administrativo; y, **ii)** se evitarían la pluralidad de criterios frente al cumplimiento de los supuestos legales, que permiten el control inmediato legalidad.

administrativas, en desarrollo de decretos legislativos proferidos durante estados de excepción², el cual será ejercido por la jurisdicción contencioso administrativa.

- 1.3. Por su parte, la Ley 1437 de 2011 en su artículo 136, también estableció el control inmediato de legalidad frente a los actos administrativos expedidos en vigencia de un Estado de Excepción. De igual manera consagró el trámite procesal pertinente (artículo 185 del CPACA).
- 1.4. En este punto es relevante recordar, que la H. Corte Constitucional, en la sentencia C- 179 de 1994 indicó, que el control inmediato de legalidad **constituye una limitación al poder de las autoridades administrativas, y es una medida eficaz con la cual se busca impedir la aplicación de normas ilegales**, de ahí que el mismo proceda, inclusive de oficio por el Juez de lo contencioso Administrativo.
- 1.5. En este orden de ideas, se observa lo siguiente, frente al **control inmediato de legalidad: (i) se trata de un mecanismo especial previsto por el legislador**, con una finalidad propia: *“impedir decisiones administrativas ilegales, bajo el amparo de un estado de excepción”*; **(ii)** opera exclusivamente, frente a actos administrativos de contenido general expedidos en desarrollo de Decretos Legislativos, proferidos durante un estado de excepción, **(iii)** razón por la cual, **el Juez de lo contencioso administrativo, previo a avocar conocimiento o iniciar el trámite correspondiente**, está llamado a **verificar**, los elementos normativos que permiten ese control especial de legalidad; **(iv)** Una interpretación en contrario, implicaría desnaturalizar la razón de ser del control inmediato de legalidad, y desconocería los medios de control propios para cuestionar los actos administrativos, que no fueron proferidos en desarrollo de un estado de excepción.

De conformidad con lo anterior, en aras de: **(i)** no desnaturalizar la razón de ser del control inmediato de legalidad; **(ii)** la recta interpretación de los principios de economía y celeridad procesal; **(iii)** evitar un desgaste innecesario de la jurisdicción; al juez le corresponde analizar el cumplimiento de los presupuestos establecidos, en el artículo 20 de Ley 137 de 2 de junio de 1994, en concordancia con los artículos 136 y 185 del CPACA.

- 1.6. La actividad judicial en materia de ejercicio de la función administrativa en estados de excepción constitucional, conlleva diferentes controversias; en el presente caso se abordará sencillamente: (i) la naturaleza jurídica del Memorando 20202100116253 del 2 de abril de 2020; (ii) si la misma permite el control inmediato de legalidad en el presente caso; (iii) precisando que el control inmediato de legalidad contiene requisitos procesales que difieren de los previstos para el control ordinario de legalidad y que supone un análisis diferenciado, como pasa a explicarse.

² ARTÍCULO 20. CONTROL DE LEGALIDAD. Las medidas de carácter general que sean dictadas en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos durante los Estados de Excepción, tendrán un control inmediato de legalidad, ejercido por la autoridad de lo contencioso administrativo en el lugar donde se expidan si se tratare de entidades territoriales o del Consejo de Estado si emanaren de autoridades nacionales. Las autoridades competentes que los expidan enviarán los actos administrativos a la jurisdicción contencioso-administrativa indicada, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a su expedición.

2. DERECHO BLANDO – control inmediato de legalidad

2.1). La función administrativa comprende una serie de actuaciones diversas (actos internos o interorgánicos - actos interadministrativos); de igual manera (actos administrativos – actos de la administración)(actos que producen efectos jurídicos – meros pronunciamientos administrativos que no inciden, ni modifican la relación jurídica sustancial); En ese orden de ideas: No cualquier acto de la administración, configura un acto administrativo, por cuanto coexisten casos donde **el ejercicio de la función administrativa no implica la potestad legalmente atribuida para crear vínculos obligatorios, y en consecuencia no genera la carga de impugnar en sede administrativa o judicial**³.

2.2). De igual manera, se parte por reconocer “*la competencia normativa*” de la administración pública, dentro de la cual se resalta: (i) la ejercida a nivel interno, a efecto de materializar los postulados de dirección y jerarquía; (ii) la desarrollada a nivel interpretativo (de las normas superiores) a efecto de obediencia por los ciudadanos; (iii) aquellas que en estricto sentido no contienen decisión administrativa, sino informaciones, la generalidad de los conceptos, recomendaciones, lineamientos; ejercicio de una actividad meramente orientadora, o descriptiva.

La discusión actual y vigente, pasa por: (i) identificar adecuadamente la noción de “*derecho blando*” (que no corresponde exclusivamente a la ecuación: norma interna de la administración); (ii) definir, si constituye o no fuente formal del derecho y en consecuencia susceptible de control judicial.

2.3) Nuestra tradición jurídica dentro del **CONTROL ORDINARIO DE LEGALIDAD**, ha radicado en sostener que el ejercicio de la función administrativa que no contiene DECISIÓN ADMINISTRATIVA; es decir: “*Que no surte efectos jurídicos*”, “*que no modifica una situación jurídica*”, “*que no crea ningún derecho*” no alcanza la categoría de acto administrativo y por consiguiente, no es objeto de control judicial ante la jurisdicción contenciosa administrativa; bajo la interpretación de la **noción de acto administrativo, con un criterio material y no formal**⁴.

2.4) Desde el punto específico del **CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD** frente al denominado derecho blando, es importante señalar lo siguiente:

- a) Las normas que consagran el indicado control judicial de carácter excepcional (artículo 20 ley 137 de 1995 – artículo 136 CPACA y demás

³ El Acto Administrativo, Juan Carlos Cassagne; páginas 136 y siguientes

⁴ Se precisa que el tema no es pacífico, puesto que si bien es cierto en sentencia del 27 de noviembre de 2014 (Exp. 05001-23-33-000-2012-00533-01) la Sección Primera del H. Consejo de Estado indicó que toda circular administrativa, cualquiera que sea su contenido, es susceptible de control judicial; en reciente jurisprudencia, las Secciones Primera y Cuarta del H. Consejo de Estado, retomando la posición tradicional, han indicado 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 judicial**”. Al respecto véase a modo de ejemplo: Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia de 11 de abril de 2019. Exp: 2012-00211-00. C.P. Nubia Margoth Peña Garzón; Consejo de Estado, Sección Primera, Auto del cuatro (4) de marzo de dos mil veinte (2020), C.P. Nubia Margoth Peña Garzón, Exp. 2014-00265-00; Consejo de Estado, Sección Primera, Auto del treinta (30) de septiembre de dos mil diecinueve (2019), C.P. Nubia Margoth Peña Garzón, Exp. 2018-00166-00; Consejo de Estado Sección Primera, sentencia del veinticinco (25) de noviembre de dos mil diecinueve (2019); C.P. Hernando Sánchez Sánchez, Exp. 2007-00089-00; Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del veintiséis (26) de septiembre de dos mil dieciocho (2018), C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto, Exp. 22465.

concordantes) son claras y de manera expresa disponen: (i) se trate de medidas de **carácter general** en desarrollo de la **función administrativa**; (ii) No es de cualquier medida, sino la que **responda al concepto de acto administrativo**; (iii) el deber de las autoridades competentes se concreta en **“enviar los actos administrativos a la autoridad judicial”** (no cualquier acto de la administración).

- b) La interpretación de esas normas, como de cualquier otra, se realiza de manera sistemática y sin perder de vista la razón y finalidad del control inmediato de legalidad. Se quiere significar, que este control especial de legalidad en estricto sentido tiene como finalidad **evitar decisiones administrativas arbitrarias, ilegales**, que arropadas formalmente en el estado de excepción desconozcan el ordenamiento jurídico superior.
- c) En ese orden de ideas, la discusión válida respecto a: (i) si las normas de derecho blando son o no objeto de control judicial, tiene justificación a efecto del control ordinario de legalidad; (ii) pero **pierde su razón de ser respecto al denominado control inmediato de legalidad**⁵, por cuanto este último, está justificado en la existencia de decisiones administrativas, es decir: *los actos administrativos generales expedidos por las autoridades territoriales o nacionales bajo el marco de los decretos legislativos del Estado de excepción de Emergencia económica, Social y Ecológica*. (iii) no puede perderse de vista, que el denominado control ordinario de legalidad frente a la función administrativa ordinaria, está vigente; lo que significa: **que en nuestro ordenamiento jurídico existe el control judicial de las decisiones administrativas, aún en estado de excepcionalidad constitucional, cuestión diferente es que coexistan diversos mecanismos procesales para lograr la tutela judicial efectiva**.

3. CASO CONCRETO

En el presente asunto, **no se cumplen los supuestos procesales** del artículo 20 de Ley 137 de 2 de junio de 1994 en armonía con el artículo 136 y 185 del CPACA para avocar conocimiento, conforme a las siguientes consideraciones:

- a) Observa el Despacho que el memorando objeto de estudio, no reúne los requisitos a efectos de ser considerado como un **acto administrativo (razón o finalidad del control inmediato de legalidad)**, en estricto sentido, a través del mismo **solo se están dando unos lineamientos y reiterando las buenas prácticas en materia de contratación pública**, a los alcaldes locales de Bogotá y a los ordenadores del gasto de fondos de desarrollo local⁶.

⁵ Al respecto, la H. Corte Constitucional ha indicado que dicho control **“constituye una limitación al poder de las autoridades administrativas, y es medida eficaz con la cual se busca impedir la aplicación de normas ilegales”**. Por su parte, el H. Consejo de Estado ha precisado que con el mismo se pretende **“instaurar un mecanismo de control automático de legalidad de los actos administrativos que opere de forma independiente de la fiscalización que lleva a cabo la Corte Constitucional respecto de la constitucionalidad de los decretos legislativos que les sirven de fundamento, mecanismo aquél que funge como una garantía adicional de los derechos del ciudadano y de la legalidad abstracta frente al ejercicio de los inusuales poderes del Ejecutivo durante los estados de excepción (letra e) del artículo 152 constitucional)”**.

Igualmente ha precisado el máximo Tribunal de lo contencioso administrativo, que el control inmediato de legalidad supone el examen de **“la competencia de la autoridad que lo expidió, la realidad de los motivos, la adecuación a los fines, la sujeción a las formas y la proporcionalidad de las medidas expedidas en el marco del estado de excepción”**

⁶ Según las recomendaciones impartidas por: **i)** la Secretaría Jurídica Distrital y la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá, en la Directiva 001 de 2020, sobre **“Buenas prácticas en la contratación directa bajo la causal de urgencia manifiesta y el régimen establecido en el artículo 66 de la Ley 1523 de 2012”** y; **ii)** la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente, en la Circular Externa No. 1 de 2019 y en el concepto de fecha 17

b) De conformidad con lo expuesto, advierte el Despacho que el Memorando 20202100116253 del 2 de abril de 2020, en estricto sentido **no contiene una manifestación de la voluntad de la administración que implique una decisión administrativa, y que produzca efectos jurídicos**, ni externos, ni aún de naturaleza interna; es meramente informativo, es decir se materializa jurídicamente en un "acto de la administración", pero no en un acto administrativo, que como se dejó indicado es la razón y finalidad del control inmediato de legalidad

En virtud de lo anterior, se

RESUELVE

PRIMERO: NO AVOCAR el trámite procesal de control inmediato de legalidad, respecto del memorando 20202100116253 del 2 de abril de 2020, por no cumplirse los requisitos procesales, establecidos en el artículo 20 de Ley 137 del 2 de junio de 1994, en armonía con el artículo 136 y 185 del CPACA.

SEGUNDO: Por Secretaría de la sección tercera **NOTIFICAR** esta decisión a la SECRETARÍA DISTRITAL DE GOBIERNO, al correo electrónico: notifica.judicial@gobiernobogota.gov.co

TERCERO: ORDENAR a la SECRETARÍA DISTRITAL DE GOBIERNO que publique esta providencia, en la página web⁷ de la Entidad por el término de diez (10) días hábiles contados a partir de la comunicación de este auto.

CUARTO: NOTIFICAR esta providencia al representante del Ministerio Público a los siguientes correos electrónicos: dablanco@procuraduría.gov.co y d_blancoleguizamo@yahoo.es

QUINTO: De conformidad con la decisión adoptada en la Sala Plena del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sesión virtual del 31 de marzo de 2020, contra esta providencia procede el recurso de súplica⁸.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE


JUAN CARLOS GARZÓN MARTÍNEZ
Magistrado

JCGM / EMB

de marzo de 2020, cuyo asunto es "Contratación de urgencia manifiesta y con organismos de cooperación, asistencia o ayudas internacionales por causa del covid-19".

⁷ <http://www.gobiernobogota.gov.co/>

⁸ Al respecto el magistrado advierte, que la procedencia del recurso de súplica toma engorroso el trámite, por cuanto: i) implica realizar un nuevo reparto; ii) el asunto lo conocerá un nuevo magistrado; iii) la Sala deberá discutir si aprueba o no, la ponencia del recurso de súplica; iv) si bien se trata de un trámite de única instancia, el mismo es de carácter especial y por la celeridad y agilidad del mismo, no es procedente el recurso de súplica frente a providencias de esta naturaleza; menos con base en un principio de integración normativo, de recursos que regulan un proceso ordinario (artículo 246 del CPACA; v) por lo anterior, se reitera el argumento, que dada la razón y finalidad de este control inmediato de legalidad, y los efectos de no avocar o no tramitar, la decisión judicial y la correspondiente responsabilidad es de la Sala Plena y no del Magistrado Sustanciador.