



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN “B”

Bogotá D.C., diecisiete (17) de junio de dos mil veinte (2020)

NATURALEZA:	CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD
RADICACIÓN:	25002315000 20200061300
ASUNTO:	REVOCA AUTO
Magistrada ponente:	OLGA CECILIA HENAO MARÍN

1. ANTECEDENTES

1.1. Por acta individual de reparto, correspondió al Despacho el control inmediato de legalidad del Decreto 35 del 21 de marzo de 2020 expedido por el Municipio de Tocaima *“POR MEDIO DEL CUAL SE DECLARA LA URGENCIA MANIFIESTA EN EL MUNICIPIO DE TOCAIMA Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES”*, y que dispuso:

***“ARTICULO PRIMERO:** Declarar la urgencia Manifiesta, del Municipio de Tocaima para atender la situación de calamidad pública generada por la pandemia del Coronavirus –COVID 19.*

***ARTÍCULO SEGUNDO:** Como consecuencia de lo establecido en el artículo primero de este decreto, el Alcalde municipal acudirá a la figura de Urgencia Manifiesta para contratar únicamente obras, bienes y servicios para atender y superar situaciones relacionadas directamente por la respuesta, manejo y control de la pandemia –Coronavirus –COVID 19-.*

***ARTÍCULO TERCERO:** Con el fin de atender las necesidades y los gastos de la urgencia manifiesta aquí decretada se podrá hacer traslados presupuestales internos que se requieran.*

ARTÍCULO CUARTO: *Remitir este acto administrativo, así como los contratos que se suscriban con ocasión del coronavirus de la presente declaración de Urgencia Manifiesta, a la Contraloría General de República. En cumplimiento del artículo 43 de la Ley 80 de 1993.*

ARTÍCULO QUINTO: *El presente Decreto rige a partir de su fecha de expedición.”*

1.2. Mediante auto del 3 de abril de 2020 se asumió el conocimiento de conformidad con lo dispuesto en el artículo 136 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante CPACA).

1.3. El 4 de mayo de 2020 la Procuraduría General de la Nación rindió concepto manifestando que el Decreto 35 de 21 de marzo de 2020 no solo se encontraba ajustado a derecho toda vez cumplía con los requisitos formales para su expedición, sino que también guardaba una relación directa de conexidad entre su motivación y su contenido normativo enunciado como sustento fáctico, esto es con el Decreto 417 de 2020 de Estado de Emergencia Económica, Social y ecológica habida cuenta que la urgencia manifiesta decretada está enmarcada en los propósitos específicos de conjurar los efectos de las crisis por la pandemia COVID 19.

Adicional a lo anterior, también dijo que tenía relación directa de conexidad temática, sistemática y teleológica con el Decreto 440 del 20 de marzo de 2020, “*Por el cual se adoptan medidas de urgencia en materia de contratación estatal, con ocasión del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica derivada de la Pandemia COVID-19*”, en el tema específico contratación, así como también, que era deber del Alcalde como primera autoridad de Dirección Administrativa, establecer un proceso social orientado a la formulación, ejecución, seguimiento y evaluación de políticas y estrategias, planes y programas, regulación, instrumentos, medidas y acciones coordinadas para el control y la reducción del riesgo ante el peligro de muchos bienes jurídicos como la salud, el orden público material, social, económico, ambiental , así como la prestación de servicios públicos esenciales; por lo que se hacía evidente la necesidad de respuesta bajo un régimen especial de contratación para situaciones de desastre, régimen especial como la era la ley 80 de 1993 la cual regula la contratación bajo el marco de la urgencia manifiesta, en sus artículos 42 y 43, pero en todo caso sometidos al control fiscal.

1.4. Habiéndose surtido el trámite correspondiente, ingresó al Despacho para proferir el fallo; sin embargo, estando en estudio se observa que se observa una inconsistencia.

2. CONSIDERACIONES

Como ya se advirtió, sería del caso proferir la correspondiente sentencia de no ser porque se advierte el incumplimiento de los requisitos de procedencia establecidos en el artículo 136 del CPACA para el estudio de legalidad del acto administrativo en conocimiento y en virtud de ello se hace necesario sanear la irregularidad mediante la revocatoria de la decisión que dispuso asumir el conocimiento del medio de control y en su lugar no avocar su control.

Para el efecto, es necesario en primer lugar determinar la facultad de la suscrita Magistrada Ponente para adoptar la decisión que se contempla.

Así, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del Código General del Proceso¹ (en adelante CGP) y 207 del CPACA, es necesario realizar control de legalidad en el presente proceso.

Dispone el numeral décimo segundo del artículo 42 del CGP, lo siguiente:

“Artículo 42. Deberes del juez. Son deberes del juez:

(...)

12. Realizar el control de legalidad de la actuación procesal una vez agotada cada etapa del proceso.

(...)” (Negrilla y subrayado no original).

Por su parte, el artículo 207 del CPACA establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 207. CONTROL DE LEGALIDAD. Agotada cada etapa del proceso, el juez ejercerá el control de legalidad para sanear los vicios que acarrear nulidades, los cuales, salvo que se trate de hechos nuevos, no se podrán alegar en las etapas siguientes.” (Negrilla y subrayado no original).

Así, de las normas en cita, se advierte que en cumplimiento de los deberes que la ley impone al juzgador, se debe realizar el estudio de procedencia del medio de control, pues el incumplimiento de uno o varios de los requisitos formales, impide a la Sala Plena de esta Corporación realizar un estudio de fondo del asunto.

De igual forma el artículo 136 del CPACA dispone lo siguiente:

*“ARTÍCULO 136. CONTROL INMEDIATO 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 Jurisdicción 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, de acuerdo con las reglas de competencia establecidas en este Código.*

Las autoridades competentes que los expidan enviarán los actos administrativos a la autoridad judicial indicada, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a su expedición. Si no se efectuare el envío, la autoridad judicial competente aprehenderá de oficio su conocimiento.” (Negrilla y subrayado no original).

Sobre el particular, el Consejo de Estado ha dicho lo siguiente:

“11. En cuanto a su procedencia, la letra del artículo determina que son tres los presupuestos requeridos para que sea viable el control inmediato de legalidad. En primer lugar, debe tratarse de un acto de contenido general; en segundo, que se haya dictado en ejercicio de la función administrativa; y, en tercero, que tenga como fin desarrollar los decretos legislativos expedidos con base en los estados de excepción.”²

Bajo el contexto de las normas en cita, el control inmediato de legalidad se ejerce respecto de los actos administrativos preferidos en desarrollo de los decretos legislativos durante los Estados de Excepción, por lo que es necesario analizar el contexto constitucional de los mismos para entender la naturaleza del medio de control.

De conformidad con dispuesto en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución Política son Estados de Excepción en Colombia, (i) la Guerra Exterior, (ii) la Conmoción Interior y (iii) el Estado de Emergencia.

A su turno, el literal e) del artículo 152 de la Constitución, establece que los Estados de Excepción deben ser regulados mediante leyes estatutarias, por lo que se expidió

la Ley 137 de 1994, cuyo proyecto legislativo fue estudiado por la Corte Constitucional mediante sentencia C-179 de 1994 en la que se expuso la finalidad del control judicial, y sobre todo el principio de colaboración armónica entre las ramas del poder público, en los siguientes términos:

*“...Es evidente, entonces, que durante los estados de excepción operan en forma concordante y colaboradora todos los poderes públicos, como representantes de la unidad nacional, con el fin de conjurar las situaciones de crisis y en cumplimiento del artículo 113 de la Constitución, que **consagra la separación de las distintas ramas del poder público y la colaboración armónica para lograr los fines esenciales del Estado.***

(...)

...se consagra el control automático de legalidad de los actos administrativos que se expidan como desarrollo de los decretos legislativos dictados por el Presidente de la República durante los estados de excepción, el cual será ejercido por la jurisdicción contencioso administrativa, de acuerdo con la competencia que allí se fija. Estas disposiciones no atentan contra la Ley Suprema y, por el contrario, encajan dentro de lo contemplado en el artículo 237 de la Carta, que le atribuye al Consejo de Estado las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo, y el conocimiento de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional, al igual que el cumplimiento de las demás funciones que le asigne la ley.

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.¹ (subraya y negrilla fuera de texto original)

Proferida la ley estatutaria 137 de 1994, dispuso en su artículo 20 lo siguiente:

“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.”

Este mismo contenido fue desarrollado en el artículo 136 del CPACA, para darle el carácter procesal dentro de los medios de control que conoce la jurisdicción contencioso administrativa.

Ya en ejercicio de dicho control inmediato de legalidad, sobre la necesidad y fines de este ha sostenido el Consejo de Estado lo siguiente:

“Es en este orden de ideas, un control automático que constituye garantía para los derechos de los ciudadanos y para el mantenimiento de la legalidad en abstracto frente a los poderes del ejecutivo durante los estados de excepción.

La Sala Plena ha tenido oportunidad de referirse a los alcances del control automático de juridicidad practicado por el Consejo de Estado respecto de los decretos proferidos por el Gobierno Nacional como desarrollo de los decretos legislativos que se dictan durante los estados de excepción. Ha señalado la jurisprudencia, como rasgos características del control inmediato de legalidad, entre otros, su carácter jurisdiccional, su integralidad, su autonomía, su inmediatez o automaticidad, su oficiosidad, el tránsito a cosa juzgada relativa, y “su compatibilidad y/o coexistencia con los cauces procesales ordinarios a través de los cuales resulta posible que cualquier ciudadano cuestione la legalidad de los actos administrativos”.²

De manera entonces que el control inmediato de legalidad de los actos administrativos proferidos en ejercicio de función administrativa y en desarrollo de los decretos legislativos durante los estados de excepción, se constituye no solo en una garantía jurídica para los ciudadanos, sino en la garantía del mantenimiento del orden político y la efectividad del orden social.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 136 del CPACA, son objeto de control inmediato de legalidad, los actos administrativos proferidos en ejercicio de función administrativa y en desarrollo de los decretos legislativos de los estados de excepción.

Sobre el particular, el Consejo de Estado ha dicho lo siguiente:

*“11. En cuanto a su procedencia, la letra del artículo determina que son tres los presupuestos requeridos para que sea viable el control inmediato de legalidad. En primer lugar, debe tratarse de un **acto de contenido general**; en segundo, que se haya dictado **en ejercicio de la función administrativa**; y, en tercero, que tenga como fin **desarrollar los decretos legislativos expedidos con base en los estados de excepción**.”³ (Subraya y negrilla fuera de texto original)*

Así, un acto administrativo es de **carácter general** cuando sus destinatarios no están especial o determinados de manera particular, sino que obliga de manera abstracta e impersonal. Sobre el particular, el Consejo de Estado ha dicho que su determinación entre general y particular obedece a unas características específicas de su contenido, en los siguientes términos:

“Sin embargo, a juicio de la Sala es el contenido del acto y los efectos que pueda generar, las características que permiten clasificar si es de una u otra naturaleza.

En efecto, aunque en algunos casos es difícil de establecer el límite para determinar cuándo se está en presencia de un acto de carácter general o de uno de carácter particular, existen ciertas características esenciales que permiten determinar la naturaleza del acto administrativo atendiendo el criterio material.

Así, un acto es de contenido general cuando crea situaciones jurídicas que obligan, de manera abstracta e impersonal a los administrados, es decir, su contenido es igual y el mismo para todos los administrados que se encuentren dentro de las mismas circunstancias de hecho que regula el acto, mientras que un acto de contenido particular crea, modifica o extingue situaciones jurídicas individuales y concretas.,

El acto administrativo de carácter individual también puede referirse a una determinada cosa, individual y específicamente identificada, que no se pueda confundir con otra, de manera que los efectos de ese acto sólo recaen sobre esta y no sobre otras de su misma naturaleza, aun cuando sean de la misma especie. Pero cuando el acto administrativo se refiere a una cosa determinada, sin identificarla individualmente, todas las cosas de su misma especie y que se encuentren en la misma

situación jurídica que el acto administrativo regula son cobijadas por los efectos jurídicos de ese acto. En este caso, se está frente a un acto general y abstracto.

Como lo señaló la Sala de Consulta y Servicio Civil de la Corporación "Para distinguir cuándo se está frente a situaciones jurídicas legales o individuales, debe tenerse en cuenta la finalidad y alcance del acto administrativo, el propósito que con él se persigue. Si éste contiene en sí mismo una disposición que no desaparece por ser aplicada a un caso concreto, sino que sobrevive a esta aplicación y puede y debe aplicarse, mientras no se derogue, a todos los casos idénticos al previsto, la situación jurídica es de carácter general, abstracto, impersonal y reglamentario. Si por el contrario, la administración dispone exclusivamente para un caso particular y aplicada la decisión al caso previsto desaparece su objeto, la situación que crea el acto administrativo es individual y subjetiva".

O como lo ha reiterado la Sección Primera, "Los actos generales son los que crean, modifican o extinguen una situación jurídica general, no relacionada directamente con alguna persona o cosa determinada; sus supuestos normativos o efectos jurídicos son abstractos, lo cual constituye su característica sustancial, debido a que las consecuencias o previsiones normativas que contemplan no están referidas a nadie individualmente identificado, sino que les son aplicables indistintamente a cualquier persona o cosa que llegare a encontrarse dentro de los supuestos descritos en el mismo".⁴

En los anteriores términos, el acto administrativo objeto del presente proceso es de naturaleza general en la medida que sus destinatarios no están determinados, esto es, dirigido a la generalidad del conglomerado social y no afecta de manera alguna una situación particular.

En cuanto a la **función administrativa**, ha dicho el Consejo de Estado⁵ que esta deriva de las funciones que ejerce la autoridad en beneficio del interés general y en desarrollo de varios principios de orden superior tal como los establece el artículo 209 de la Constitución Política:

"ARTICULO 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y

publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.”

Pero dicho artículo no define en sí misma la función administrativa, por lo que se debe acudir a otras fuentes del derecho. Así, la Corte Constitucional y la misma doctrina no ha planteado una definición unánime para el concepto de función administrativa, pero una aproximación a su significado fue expuesta en la sentencia C-189 de 1998, donde dijo que, pese a la variedad de posiciones doctrinarias y la multiplicidad de funciones de la actividad administrativa, esta se podía distinguir entre función administrativa activa y negativa:

“Ahora bien, independientemente de la validez doctrinaria de las anteriores distinciones, que obviamente no corresponde a la Corte definir, esta presentación es ilustrativa de lo que podríamos denominar la función administrativa activa, por medio de la cual un órgano busca realizar el derecho y cumplir sus fines y cometidos. Es pues una labor en donde los servidores públicos deciden y ejecutan, por lo cual la doctrina suele señalar que al lado de esa administración activa existe una administración pasiva o de control, cuya tarea no es ejecutar acciones administrativas sino verificar la legalidad y, en ciertos casos, la eficacia y eficiencia de gestión de la Administración activa.

Esta función administrativa activa es esencial y propia de la rama ejecutiva, pero no es exclusiva de ella, pues en los otros órganos del Estado también es necesario que los servidores públicos adelanten actividades de ejecución para que la entidad pueda cumplir sus fines. Así, los jueces y congresistas deben nombrar subalternos y ordenar gasto, que son labores típicas de ejecución administrativa.”⁶

Lo anterior resulta de relevancia en el entendido que en el Decreto estudiado si comporta el ejercicio de la función administrativa y así lo ha considerado la sala en recientes pronunciamientos al fallar en control inmediato de legalidad.

Ahora bien, la decisión que **declara la urgencia manifiesta**, fue basada por el mandatario local en la parte considerativa del acto administrativo en el hecho de que pese a los esfuerzos del Gobierno Nacional, departamental y municipal por

contener los efectos del COVID-19, era necesario implementar actuaciones administrativas para generar respuestas eficaces e inmediatas para satisfacer las necesidades en salud pública ante la situación generada por la pandemia, por lo que fundó dicha declaratoria en el artículo 315 de la Constitución Política, el Decreto legislativo 417 de 2020 y el artículo 42 de la Ley 80 de 1993.

No obstante lo anterior, se advierte frente a esta decisión del mandatario municipal, que su expedición no comporta el **desarrollo de un decreto legislativo** como lo exige la norma, pues si bien es preciso advertir que ello no supone que dentro del contenido argumentativo de aquel se tenga que citar expresamente o bien el acto legislativo que desarrollará o el acto que declaró el estado de excepción, pues la declaración de dicho estado expresa una condición por la que atraviesa el Estado, lo que sí debe contener es la manifestación inequívoca que la decisión adoptada corresponde a la necesidad de atender la contingencia y que su fundamento es la decisión del Gobierno Nacional mediante la cual se adoptan medidas tendientes a conjurar, enfrentar y mitigar la crisis y los efectos que de esta se deriven y no en otras normas que si bien impregnan de legalidad la decisión, no configuran el requisito establecido en el artículo 136 del CPACA.

Este requisito resulta de especial relevancia teniendo en cuenta que, como ya se explicó, el control inmediato de legalidad se ejerce para equilibrar las ramas del poder público en situación de especial connotación nacional, como lo es los estados de excepción, pues de otra manera, el control judicial de las decisiones de la administración se haría por vía de acción.

Teniendo en cuenta lo anterior y del contenido del acto que se estudia, se puede concluir que, si bien mencionó el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, no desarrolla ningún decreto legislativo proferido con ocasión de dicha declaratoria de estado de excepción y por el contrario, fundamenta su decisión en normas de carácter ordinario.

En conclusión, se observa en el decreto objeto de control, que este no desarrolla algún decreto legislativo y no solo porque no haga referencia a alguno, específicamente al Decreto legislativo 440 del 20 de marzo de 2020, sino porque dentro de las consideraciones de su decisión, el mandatario municipal primero invoca la competencia que le da el artículo 315 constitucional y el artículo 42 de la ley 80 de 1993 y luego, resalta dentro de la jurisprudencia del Consejo de Estado que cita, que su actuación deriva de la situación de calamidad. Además, en el numeral segundo de la parte resolutive indica expresamente que la declaratoria es para atender la calamidad pública. Entonces, su manifestación inequívoca se dirige

a la situación de calamidad pública y no al estado de excepción decretado por el Gobierno Nacional.

Y contrario a lo indicado por el agente del Ministerio Público que advirtió la conexidad temática, sistemática y teleológica con el Decreto 440 de 2020, tal como se concluyó en el párrafo precedente, el fundamento de la decisión no fue el estado de excepción y el decreto legislativo de la contratación de urgencia, pues de la motivación del decreto estudiado se observa que obedece a la facultad ordinaria frente al estado de calamidad, por lo que la declaratoria de urgencia manifiesta en el municipio para atender dicha situación generada por el covid-19, no le resta ni la manifestación inequívoca de ser en virtud de la situación de calamidad pública hecha por el mandatario local, ni le exime de la obligación de fundamentar su decisión, por lo que no es dable presumir el desarrollo del decreto legislativo pese a que no le sea exigible mencionarlo, sino que el contenido de la decisión debe estar dirigida sin lugar a dudas al desarrollo del decreto legislativo, tal como lo exige el artículo 136 del CPACA.

La anterior conclusión encaja con los criterios establecidos por el Consejo de Estado para el Control Inmediato de Legalidad, entre los que se encuentran entre otros la integralidad y la causalidad normativa o conexidad.

En virtud de **la integralidad**, el Consejo de Estado indicó que en este criterio se deben analizar requisitos formales y materiales. En cuanto a los formales, dijo que se debe hacer el análisis de competencia de la autoridad que lo profirió, la forma y el fondo del acto administrativo el cual exige el examen de conexidad con las medidas que le dieron origen. Este último carácter da paso al análisis material que implica la confrontación normativa primero con el o los decretos de los que deriva y luego, de ser necesario, del resto del ordenamiento jurídico:

“i) En razón de la integralidad se desatan dos aspectos a comprobar: el primero atinente al contenido del control y el segundo con relación al parámetro de revisión. El primer aspecto, comporta una verificación en el cumplimiento de múltiples requisitos formales y materiales que deben satisfacer los decretos legislativos expedidos durante los estados de excepción, como son los siguientes:

...la competencia para expedirlo, al cumplimiento de los requisitos de forma y de fondo, la conexidad de las medidas que se dictan con las causas que dieron origen a su implantación, el carácter transitorio y la proporcionalidad de las mismas, así como su conformidad con el resto del ordenamiento jurídico, siempre bajo el entendido de que ellas hacen

*parte de un conjunto de medidas proferidas con la exclusiva finalidad de “conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos”.
(...).”⁷*

Ahora, en relación con la **causalidad normativa o conexidad**, dijo el Consejo de Estado que la competencia en este criterio obedece a la verificación de validez de las normas que se expiden para conjurar la crisis y sus efectos, juicio que se puede ver afectado por la decisión que adopte la Corte Constitucional frente a los decretos legislativos de estados de excepción.

*“iv) La causalidad normativa o conexidad refiere dos aspectos: de un lado la relación entre los hechos que habilitan al gobierno a convertirse en legislador extraordinario y los motivos expuestos en la declaratoria del estado de excepción y, de otro, la verificación de la cadena de validez entre las distintas normas que se expiden para resolver las causas y/o neutralizar los efectos generados por la situación de anormalidad. El primero es una constatación que corresponde a la Corte Constitucional y el segundo, además, al Consejo de Estado, teniendo en cuenta el nivel de normas objeto de desarrollo. Como es sabido, corresponde a la Corte el control de conexidad de los decretos que desarrollan la declaratoria del estado de excepción y al máximo juez de lo contencioso administrativo el de los reglamentarios que a su turno desarrollan los primeros. No sobra agregar que el juicio de conexidad que en esta corporación se realiza, se puede ver afectado por las decisiones de la Corte Constitucional.
(...).”⁸*

En consecuencia, al no tener origen la declaratoria de urgencia manifiesta en el estado de excepción, se rompe el nexo de conexidad de que trata el criterio anterior.

Siguiendo así los parámetros de revisión que indica el máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativa y aun a riesgo de entender que la decisión adoptada por el alcalde de Tocaima de declarar la urgencia manifiesta estuviese desarrollando algún decreto legislativo, no se trata del Decreto 440 de 2020 ni otro legislativo concordante con el tema de la contratación de urgencia, ni con los requisitos y jurisprudenciales para el efecto, tanto que la motivación del mismo debe ser clara e inequívoca como ya se dijo.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha dicho que el acto administrativo que declara la urgencia manifiesta debe ser motivado, esto es, que se debe exponer de

manera detallada y concreta la necesidad que se debe atender, pues el efecto jurídico es la habilitación de la autoridad para celebrar contratos directamente:

“2.2. En cuanto a los requisitos formales de la declaración de urgencia manifiesta, considera la Sala que ellos se desprenden nítidamente de la lectura de los artículos 42 y 43 de la Ley 80 de 1993.

*Así, en primer lugar, el legislador (artículo 42) exige que la urgencia manifiesta se declare mediante acto administrativo motivado. Cabe señalar que dicho acto se enmarca dentro de las competencias discrecionales de la entidad contratante, puesto que pese a tener que sujetarse a requisitos formales, la declaración de urgencia depende completamente de los motivos de mérito o conveniencia que valore el respectivo funcionario. **Por esta razón, el acto debe motivarse con razones ciertas y convincentes que permitan verificar la verdadera necesidad de la Administración de recurrir a este mecanismo de contratación.***

Ahora bien, esta exigencia del legislador, respecto de la motivación del acto, resulta lógica, en la medida que las circunstancias le permitan a los responsables de la Administración proferirlo, de lo contrario, la Administración podría hacerlo verbalmente y con posterioridad constituir la prueba de esta situación en el informe que debe elaborar para el correspondiente control fiscal.

De otra parte, de esta disposición se infiere que la declaratoria de urgencia puede referirse a uno o varios contratos que se funden en el mismo motivo; pero, en la motivación se debe hacer referencia específica a cada uno de los contratos que se vayan a celebrar con el objeto de señalar claramente su causa y finalidad.

Así mismo, resulta importante señalar que esta figura tiene un régimen jurídico especial, pues es el único caso en que el legislador permite expresamente el contrato consensual, esto es, cuando las circunstancias impiden la suscripción del contrato, se podrá incluso prescindir del acuerdo acerca de la remuneración del contratista, la cual podrá acordarse con posterioridad al inicio de la ejecución del contrato o en la liquidación del mismo. Se hace entonces evidente la prevalencia del interés general, en este caso, por encima de las formalidades de las actuaciones administrativas, pues el régimen jurídico cede ante situaciones excepcionales con el fin de permitir que las soluciones se

den en el menor tiempo posible.”⁹ (Subraya y negrilla fuera de texto original)

A su turno, sobre la declaración de urgencia manifiesta, dispone el artículo 2.2.1.2.1.4.2. del Decreto 1082 de 2015, lo siguiente:

*“Declaración de urgencia manifiesta. Si la causal de contratación directa es la urgencia manifiesta, **el acto administrativo que la declare hará las veces del acto administrativo de justificación**, y en este caso la Entidad Estatal no está obligada a elaborar estudios y documentos previos.”* (Subraya y negrilla fuera de texto original)

Ese acto administrativo del que trata la norma, está expresamente determinado en el artículo precedente del mismo decreto así:

“Artículo 2.2.1.2.1.4.1. Acto administrativo de justificación de la contratación directa. La Entidad Estatal debe señalar en un acto administrativo la justificación para contratar bajo la modalidad de contratación directa, el cual debe contener:

- 1. **La causal que invoca para contratar directamente.***
- 2. **El objeto del contrato.***
- 3. El presupuesto para la contratación y las condiciones que exigirá al contratista.*
- 4. El lugar en el cual los interesados pueden consultar los estudios y documentos previos.*

Este acto administrativo no es necesario cuando el contrato a celebrar es de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, y para los contratos de que tratan los literales (a) y (b) del artículo 2.2.1.2.1.4.3 del presente decreto.” (Subraya y negrilla fuera de texto original)

Y aun cuando del mismo el acto administrativo que declara la urgencia manifiesta que es objeto de control inmediato de legalidad, hizo alusión al artículo 42 de la ley 80 de 1993, se desprende que no lo desarrolló conforme indica la jurisprudencia y el decreto citado, pues por un lado la causal invocada fue la calamidad y no el estado de excepción, situación que rompe la conexidad que ya se explicó.

Así las cosas y bajo las consideraciones antes mencionadas considera el Despacho que la decisión que antecede a la presente es ilegal porque no se adecua a los mandatos del artículo 136 del CPACA, por lo que cuando el juzgador se encuentra frente a una decisión que no se acompasa con el marco normativo que regula la

procedencia del mecanismo jurídico y el procedimiento aplicable al mismo, dicha decisión no le puede ser oponible al ordenamiento jurídico y por ello es deber del juez, adoptar las medidas necesarias para sacar del mundo jurídico esa decisión ilegal.

La doctrina y la jurisprudencia han advertido que existe un principio de orden procesal garante del debido proceso que atiende a que los actos ilegales no atan al juez. Así lo entiende el Consejo de Estado:

“...las providencias ilegales no tienen ejecutoria por ser decisiones que pugnan con el ordenamiento jurídico, y no atan al juez ni a las partes.

En ese orden de ideas, se reitera lo dicho por esta Corporación que ha sido del criterio de que los autos ejecutoriados, que se enmarcan en la evidente o palmaria ilegalidad, no se constituyen en ley del proceso ni hacen tránsito a cosa juzgada.

(...)

Varias han sido las manifestaciones de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado en el sentido de que, "el auto ilegal no vincula procesalmente al juez en cuanto es inexistente"; y en consecuencia, "la actuación irregular del juez, en un proceso, no puede atarlo en el mismo para que siga cometiendo errores"³

(Transcrito del texto original con posibles errores).

En términos más precisos, expuso el Consejo de Estado en providencia más reciente sobre la ilegalidad de una decisión y sus consecuencias, lo siguiente:

“...la Corte Suprema de Justicia ha establecido por vía jurisprudencial una excepción fundada en que los autos manifiestamente ilegales no cobran ejecutoria y por consiguiente no atan al juez.

Dicho criterio, por supuesto, debe obedecer a condiciones eminentemente restrictivas, para que el operador jurídico no resulte modificando situaciones jurídicas constituidas de buena fe respecto de terceros, con fundamento en providencias judiciales, ni desconociendo normas de orden público como tampoco el principio de preclusión de las etapas procesales.

Por tanto, la aplicación de esa figura supone estar frente a una decisión manifiestamente ilegal, que represente una grave amenaza del orden

jurídico y siempre que la rectificación se lleve a cabo observando un término prudencial que permita establecer una relación de inmediatez entre el supuesto auto ilegal y el que tiene como propósito enmendarlo.

Al no cobrar ejecutoria los actos ilegales por afectarse de una evidente o palmaria ilegalidad, tampoco constituyen ley del proceso ni hacen tránsito a cosa juzgada.”⁴ (Transcrito del texto original con posibles errores).

Así, es preciso advertir que se encuentra la presente decisión dentro de los términos de inmediatez, pues la etapa inicial, que en el presente medio de control se puede asimilar a la de admisión y notificación está en curso y no se opone a la preclusividad de las etapas; así, nada obsta para que la suscrita adopte medidas necesarias para sanear el proceso, pues la decisión pugna con el ordenamiento jurídico y debe salir del mismo.

Dicho lo anterior, es necesario indicar que si bien en auto de 3 de abril de 2020 se asumió conocimiento del acto administrativo contenido en Decreto 35 del 21 de marzo de 2020 al considerar que era de carácter general, en ejercicio de función administrativa y como desarrollo del decreto legislativo proferido en el Estado de Excepción actual, lo fue porque dentro de las consideraciones del mismo, se advirtió en principio que al mencionarse el Decreto Legislativo 417 del 17 de marzo de 2020 mediante el cual el Gobierno Nacional declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, este cumplía con los mencionados requisitos de procedencia.

Sin embargo, el objeto del mencionado Decreto fue la de declarar la urgencia manifiesta del Municipio de Tocaima– Cundinamarca, y por ende contratar bienes, obras y servicios para manejar la pandemia, con fundamento en la calamidad pública.

Sentado lo anterior, es dable para esta Corporación concluir que el citado decreto no fue dictado en desarrollo de ninguno de los decretos legislativos expedidos por el Presidente de la República en uso de sus facultades legislativas, el cual es requisito *sine qua non* para que resulte procedente el estudio de legalidad.

En mérito de lo expuesto, el despacho

RESUELVE

PRIMERO: DEJAR SIN EFECTOS la decisión adoptada mediante auto del 3 de abril de 2020, mediante el cual se asumió conocimiento del acto administrativo contenido en el Decreto 35 de 21 de marzo de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: NO AVOCAR conocimiento de control inmediato de legalidad del Decreto 35 de 21 de marzo de 2020, proferido por el alcalde del Municipio de Tocaima - Cundinamarca, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: La presente decisión no hace tránsito a cosa juzgada.

CUARTO: Por intermedio de la Secretaría de la Sección Tercera de esta Corporación, **NOTIFÍQUESE** la presente decisión al señor alcalde del Municipio de Tocaima y a la Procuradora 6 Judicial II para Asuntos Administrativos, delegada del Ministerio Público ante este Despacho.

QUINTO. Una vez ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


OLGA CECILIA HENAO MARÍN
Magistrada

ajgh