

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SALA PLENA**

CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD

Actuación procesal No: 2020 – 01769

Acto Administrativo: DECRETO 037 DE MAYO 2 DE 2020 – MUNICIPIO DE PACHO

La Sala Mayoritaria, resolvió declarar **improcedente** el control inmediato de legalidad del Decreto Municipal 037 de mayo 2 de 2020, expedido por el Municipio de Pacho, 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 la 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 Élver 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 Élver Muñoz (2020 – 894). En esta providencia se indicó que para determinar 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.

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 Municipal 037 de mayo 2 de 2020 expedido por el Municipio de Pacho, cite como fundamento normativo el Decreto Legislativo 417 de marzo 17 de 2020?

La Sala mayoritaria fue del criterio, que aun cuando el Decreto Municipal 037 de mayo 2 de 2020, 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 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,

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)

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. ¿El acto administrativo objeto de análisis fue expedido en desarrollo de algún decreto legislativo?

La Sala mayoritaria sostuvo que aun cuando el acto administrativo objeto de análisis cito los decretos legislativos 417 de marzo 17 de 2020, 569 de abril 15 de 2020 y 575 de abril 15 de 2020, como quiera que fue expedido cuando ya no se encontraba vigente e estado de excepción, por tanto no procedí su control inmediato de legalidad.

Discrepo de la decisión adoptada por la Sala mayoritaria, toda vez que se desconoció que: **(i)** si bien es cierto, para el momento en que se expidió el decreto 037 de mayo 2 de 2020, ya habían finalizado la vigencia del estado de excepción constitucional declarado mediante el decreto legislativo 417 de marzo 17 de 2020; **(ii)** lo cierto es que el acto administrativo objeto de análisis se fundamentó en los decretos Legislativos 569 de abril 15 de 2020 y 575 de abril 15 de 2020, **cuyas disposiciones se encontraban vigentes al momento de expedición del decreto municipal** y; **(iii)** las decisiones adoptas en el decreto 037 de mayo 2 de 2020, **se relacionan con las materias reguladas por el Gobierno Nacional en los decretos legislativos 569 de abril 15 de 2020 y 575 de abril 15 de 2020 en materia de transporte público**; razones por las cuales, en garantía del ordenamiento jurídico, se debió haber asumido un conocimiento de fondo sobre el decreto 037 de mayo 2 de 2020, expedido por el municipio de Pacho.

c. 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 municipal 037 de mayo 2 de 2020, expedido por el Municipio de Pacho, 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 de los varios decretos legislativos; **ii)** adoptó determinaciones relacionadas con las materias abordadas en dichos decretos legislativos y; **iii)** fue expedido cuando estaba surtiendo plenos efectos jurídicos las disposiciones del Gobierno Nacional.

Considero que una decisión como la que se adoptó (declarar la improcedencia) 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.

Con el debido respeto,


JUAN CARLOS GARZÓN MARTÍNEZ
Magistrado

Fecha ut supra