



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SALA ESPECIAL DE DECISIÓN n°. 26

Consejero ponente: **GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE**

Bogotá D.C., veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 11001-03-15-000-2020-04022-00 (Acumulados)

Autoridad: NACIÓN-MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL

Referencia: CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD

CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD-EI Consejo de Estado conoce de los actos de las autoridades nacionales proferidos en desarrollo de decretos legislativos. CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD-Procede frente a un acto de una autoridad administrativa que desarrolla un decreto legislativo. CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD-Comprende el estudio de forma, materia, conexidad y proporcionalidad. ESTADO DE EXCEPCIÓN-Como hace parte del régimen de legalidad, la Administración está sujeta al ordenamiento durante su vigencia. DISCRECIONALIDAD JUDICIAL-No puede sustituir a la discrecionalidad administrativa porque viola la separación de poderes. CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD-EI fallo hace tránsito a cosa juzgada relativa. CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD- Examen material comprende conexidad y proporcionalidad de las medidas CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD- Examen formal comprende competencia y formalidades ENTREGA DE BIENES A TÍTULO GRATUITO-Prohibición de auxilios o donaciones del artículo 355 CN aplica a particulares. ARTICULO 355 CN-Excepciones a la prohibición de auxilios o donaciones. ENTREGA DE BIENES A TÍTULO GRATUITO-La donación entre entidades públicas no está prohibida. ARTÍCULO 13 DE LA LEY 80 DE 1993- El régimen principal del contrato estatal es el derecho privado. VENTILADORES PARA UCI DE COVID- Las donaciones del Ministerio de Salud a ESE y entidades territoriales no violan normas superiores. FORMALIDADES VOLUNTARIAS-Las partes las pueden pactar cláusulas accidentales de conformidad con el derecho privado aplicable a los contratos estatales.

La Sala decide el control inmediato de legalidad de las Resoluciones n°. 951 y 1441 del 12 de junio y 24 de agosto de 2020 expedidas por la Nación-Ministerio de Salud y Protección Social, de conformidad con el artículo 185.6 del CPACA y lo dispuesto por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sesión n°. 10 del 1 de abril de 2020.

SÍNTESIS DEL CASO

Las Resoluciones n°. 951 del 12 de junio y 1441 del 24 de agosto de 2020 de la



2
Expediente n°. 11001-03-15-000-2020-04022-00
Resoluciones 951 y 1441 Nación-Ministerio de Salud y Protección Social
Declara ajustado a derecho el acto sujeto a control inmediato de legalidad

Nación-Ministerio de Salud y Protección Social transfirieron, a título gratuito, ventiladores para unidades de cuidados intensivos a unas empresas sociales del Estado y a unas entidades territoriales, para garantizar la oferta de servicios de salud para la atención de la emergencia sanitaria por la pandemia del COVID-19. La entidad remitió a esta Corporación los actos para el control inmediato de legalidad.

ANTECEDENTES

El 18 de junio de 2020, la Nación-Ministerio de Salud y Protección Social **remitió** al Consejo de Estado la Resolución n°. 951 para el control inmediato de legalidad. La Secretaría General de la Corporación radicó el asunto y lo **pasó a Despacho** para su trámite. El 3 de julio de 2020, el consejero ponente **avocó** el conocimiento, dispuso la publicación del aviso para intervención ciudadana, ordenó notificar al agente del Ministerio Público e invitó a unas instituciones para que presentaran concepto. El 26 de octubre de 2020, el Despacho **acumuló los procesos** n°. 11001-03-15-000-2020-02754-00 y 11001-03-15-000-2020-04022-00, porque las Resoluciones n°. 951 y 1441 transfirieron, a título gratuito, ventiladores para unidades de cuidados intensivos a unas empresas sociales del Estado y a unas entidades territoriales. En el plazo para las **intervenciones ciudadanas**, el apoderado de la Nación-Ministerio de Salud y Protección Social esgrimió que la Resolución n°. 951 se expidió conforme a las facultades de la entidad y en desarrollo de las Resoluciones n°. 385 y 536 de 2020 y el Decreto Legislativo 800 de 2020. El Ministerio Público **conceptuó** que el acto no era sujeto a control, pues fue expedido con posterioridad a la vigencia del estado de emergencia económica, social y ecológica.

CONSIDERACIONES

I. Presupuestos procesales

Jurisdicción y competencia

1. La jurisdicción administrativa, como guardián del orden jurídico, conoce del control inmediato de legalidad de las medidas de carácter general que se dictan en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos durante los estados de excepción, de conformidad con los artículos 20 de la Ley 137 de 1994-



3
Expediente n°. 11001-03-15-000-2020-04022-00
Resoluciones 951 y 1441 Nación-Ministerio de Salud y Protección Social
Declara ajustado a derecho el acto sujeto a control inmediato de legalidad

Ley Estatutaria de los Estados de Excepción, LEEE- y 136 del CPACA. Según estos preceptos, el Consejo de Estado ejerce el control de las medidas expedidas por las autoridades administrativas nacionales.

Medio de control procedente

2. El control inmediato de legalidad es el medio idóneo para verificar que las medidas generales expedidas por las autoridades administrativas, que desarrollan decretos legislativos, se ajustan al ordenamiento. Su propósito es impedir la aplicación de normas ilegales y limitar el poder de la Rama Ejecutiva durante un estado de excepción¹.

Oportunidad del control

3. La autoridad administrativa que dicte un acto sujeto al control inmediato de legalidad deberá enviarlo al juez administrativo competente, dentro de las cuarenta y ocho horas (48) siguientes a su expedición. Si no se envía, la jurisdicción de lo contencioso administrativo aprehenderá de oficio el conocimiento del acto (art. 20 LEEE). Como el 18 de junio y el 3 de septiembre de 2020, la Nación-Ministerio de Salud y Protección Social remitió los actos objeto de control, la oportunidad para esta actuación judicial está satisfecha.

II. Actos objeto de control

La Nación-Ministerio de Salud y Protección Social expidió la Resolución n°. 951 que transfirió, a título gratuito, ventiladores para unidades de cuidados intensivos a unas empresas sociales del Estado y a unas entidades territoriales, para garantizar la oferta de servicios de salud para la atención de la emergencia sanitaria por la pandemia del COVID-19. También profirió la Resolución n°. 1441 del 24 de agosto siguiente, que amplió la transferencia de ventiladores para soporte respiratorio al Distrito de Santa Marta y a los departamentos de Antioquia, Cauca, Córdoba y Norte de Santander. Los actos controlados fijaron responsabilidades de aseguramiento, distribución, entrega y manejo de los ventiladores a cargo de las empresas sociales del Estado y las entidades territoriales. A su vez, sometieron el perfeccionamiento de

¹ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-179 de 1994 [fundamento jurídico f, artículo 20].



la transferencia de la propiedad de los bienes a su funcionamiento.

La entidad fundamentó los actos en la Resolución n°. 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social que declaró la emergencia sanitaria, por la calamidad derivada de la pandemia del COVID-19. Motivó las resoluciones controladas en el párrafo segundo del artículo 10 del Decreto Legislativo 800 de 2020, que prescribió que el Ministerio de Salud y Protección Social podría realizar, mediante acto administrativo, transferencias de bienes en especie a título gratuito a las empresas sociales del Estado y a las entidades territoriales.

Indicó que a través de la Resolución n°. 536 de 2020 se adoptó el Plan de Acción para la Prestación de Servicios de Salud durante las Etapas de Contención y Mitigación de la pandemia y que según el análisis de la capacidad instalada existente en Colombia, se evidenció la necesidad de convertir camas de cuidado intermedio en camas de cuidado intensivo. Señaló que, para fortalecer la capacidad instalada de las unidades de cuidado intensivo, adquirió ventiladores y que, según la Resolución n°. 846 de 2020 -que estableció los criterios y condiciones para su asignación, transferencia y entrega- las entidades territoriales departamentales y distritales serían beneficiarias de esos bienes, quienes se encargarían de entregarlos a las instituciones prestadoras de servicio de salud de su jurisdicción.

III. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si las Resoluciones n°. 951 y 1441 del 12 de junio y del 24 de agosto de 2020, expedidas por la Nación-Ministerio de Salud y Protección Social, se ajustan a los preceptos superiores que le sirven de fundamento y si existe una relación de conexidad entre lo que los actos disponen y los motivos que dieron lugar al estado de excepción.

IV. Análisis de la Sala

El alcance del control inmediato de legalidad y el efecto de sus fallos

4. El control inmediato de legalidad está instituido para fiscalizar los actos administrativos de carácter general, expedidos en desarrollo de decretos legislativos. Como el estado de excepción no implica la supresión del Estado de derecho, la



actividad de la Administración, en el ejercicio de las facultades excepcionales, sigue sometida al ordenamiento jurídico (art. 7 LEEE).

El control inmediato de legalidad comprende el análisis de la existencia de una relación de conexidad entre la regulación contenida en el acto sujeto de control y los motivos que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción. Asimismo, el control implica confrontar el acto con las normas superiores que le sirven de fundamento, es decir, los mandatos constitucionales que regulan los estados de excepción (arts. 212 a 215), la Ley Estatutaria, el decreto de declaratoria del estado de excepción y el decreto legislativo que desarrolla (art. 8 LEEE).

El control inmediato de legalidad tiene un carácter jurisdiccional, automático y oficioso, que se extiende a verificar la competencia de la autoridad que expidió el acto sujeto de control, la realidad de los motivos, la adecuación a los fines y la sujeción a las formas. Al controlar el acto, el juez debe determinar si la medida administrativa es proporcional con la gravedad del hecho que pretende conjurar (arts. 9, 10, 11, 13 y 20 LEEE).

5. Con todo, el control inmediato de legalidad, como cualquier otra competencia judicial, tiene límite en la ley (art. 230 CN). De allí que la confrontación del acto con el ordenamiento que le sirve de sustento no puede extenderse a otras materias, por ejemplo, a reemplazar la legítima discrecionalidad administrativa -que en un estado de excepción está limitada por los postulados de necesidad, finalidad, proporcionalidad, conexidad y debida motivación de las decisiones- por una inconstitucional “discrecionalidad judicial”.

Una justicia extraviada en la Administración no solo contraviene la separación del poder público, sino que impide la adopción y ejecución de medidas administrativas que, precisamente, deben ser eficaces y oportunas para conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos (arts. 113 y 215.2 CN). En democracia, como la soberanía solo reside en la ley, el juez no puede -so pretexto de la defensa de los derechos- asumir competencias que el pueblo -a través de la ley- no le ha dado. El juez no está exceptuado del cumplimiento de la ley, por el contrario, debe dar ejemplo de obediencia a sus mandatos inexorables.



6. La evaluación de la juridicidad del acto sujeto a control se hace respecto de todos los preceptos superiores del ordenamiento jurídico relacionados con la materia. Así, se debe confrontar el acto con la normativa propia del estado de excepción. No obstante, si el juez advierte que el acto vulnera cualquier otra norma que no haya sido suspendida o derogada por las disposiciones excepcionales con fuerza de ley, procederá a declarar la ilegalidad del acto.

Aunque el control inmediato de legalidad tiene un carácter integral, no puede fundarse en los mismos parámetros del control que ejerce la Corte Constitucional respecto de los decretos legislativos, expedidos al amparo de la declaratoria del estado de excepción (arts. 241.7 y 215, parágrafo, CN). No es lo mismo confrontar una norma legal de excepción con un número finito de disposiciones -como los artículos de la Constitución-, que verificar la legalidad de un acto administrativo en relación con el “resto del ordenamiento jurídico”. De allí que, si bien el control automático es integral -por ello el juez estudia la forma y la materia del acto-, no es viable verificar la legalidad de una resolución administrativa frente a todo el ordenamiento.

Por ello, lo decidido en el control inmediato de legalidad no cierra la posibilidad de que el acto pueda ser sometido a otro estudio de legalidad en el futuro, a través del medio de control de nulidad que cualquier persona formule por razones diferentes a las analizadas en el control automático. De modo que, si la medida administrativa controlada se encuentra ajustada a derecho o si se llega a decretar la nulidad de algunos de sus preceptos, aunque este fallo tiene efecto *erga omnes* -oponible a todos y contra todos-, la decisión tiene el carácter de cosa juzgada relativa. La sentencia solo es definitiva frente a los aspectos analizados y decididos, en virtud del control inmediato de legalidad².

Examen formal de las Resoluciones n° 951 y 1441 del Ministerio de Salud y Protección Social

Competencia

² Cfr. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 23 de noviembre de 2010, Rad. n°. 11001-03-15-000-2010-00196-00 [fundamento jurídico 3].



8. El artículo 3 del Decreto 4107 de 2011 prevé que la dirección del Ministerio de Salud y Protección está a cargo del ministro. El artículo 1 establece que el Ministerio de Salud y Protección Social tendrá como objetivos, dentro del marco de sus competencias, formular, adoptar, dirigir, coordinar, ejecutar y evaluar la política pública en materia de salud, salud pública y promoción social en salud. Por su parte, el párrafo 2 del artículo 10 del Decreto Legislativo 800 de 2020 dispone que el Ministerio de Salud y Protección Social podrá realizar, mediante acto administrativo, transferencias de bienes en especie a título gratuito a las empresas sociales del Estado y a entidades territoriales.

Como el Ministro de Salud y Protección Social expidió las resoluciones controladas, en cumplimiento de la función de dirección del ministerio, para transferir, a título gratuito, ventiladores para unidades de cuidados intensivos a unas empresas sociales del Estado y a unas entidades territoriales, para garantizar la oferta de servicios de salud para la atención de la emergencia sanitaria por la pandemia del COVID-19, se concluye que esa medida administrativa se tomó dentro del marco de competencia de la autoridad.

Formalidades

9. El Ministro de Salud y Protección Social suscribió las resoluciones controladas. Respecto de otras formalidades, que no tienen carácter sustancial, los actos cumplen con los elementos que permiten su individualización: (i) encabezado con número y fecha. (ii) Epígrafe que da cuenta del objeto de las resoluciones. (iii) La invocación de las normas de las que el ministro deriva su competencia para expedir los actos. Además, refirió los preceptos que sustentan la facultad para transferir, a título gratuito, ventiladores para unidades de cuidados intensivos a empresas sociales del Estado y a entidades territoriales. (iv) La parte resolutive da cuenta de la decisión administrativa. (v) No tienen un acápite de derogatorias, pues no suprimen o modifican resoluciones anteriores.

Examen material de las Resoluciones n° 951 y 1441 del Ministerio de Salud y Protección Social

Conexidad



10. El Decreto 417 del 17 de marzo de 2020 declaró un estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional. Al efecto, esgrimió que el 9 de marzo la Organización Mundial de la Salud-OMS solicitó a los países la adopción de medidas para detener la transmisión y prevenir el contagio del COVID-19. El 11 del mismo mes, esa institución declaró que el virus es una pandemia y, en consecuencia, instó a los países a tomar medidas urgentes y decididas para la identificación, confinación, aislamiento y monitoreo de los posibles casos, así como el tratamiento de los casos confirmados. A su vez, el Ministerio de Salud y Protección Social expidió la Resolución n°. 385, que declaró una emergencia sanitaria y adoptó medidas sanitarias para prevenir y controlar la propagación del COVID-19 en el territorio nacional. Posteriormente, ante la propagación de la pandemia, el Decreto 637 del 6 mayo 2020 volvió a declarar el estado de excepción en el territorio nacional.

Con base en el estado de excepción, el parágrafo 2 del artículo 10 del Decreto Legislativo 800 de 2020 estableció que el Ministerio de Salud y Protección Social podría realizar, mediante acto administrativo, transferencias de bienes en especie a título gratuito a las empresas sociales del Estado o a entidades territoriales. Aunque, tal como lo afirmó el Ministerio Público, las resoluciones controladas fueron expedidas con posterioridad a la vigencia del segundo estado de excepción, como esos actos administrativos transfirieron, a título gratuito, ventiladores -identificados individualmente con marca, modelo y número de serial- a unas empresas sociales del Estado y a unas entidades territoriales, con fundamento en el Decreto Legislativo 800 de 2020, es claro que existe una relación de conexidad entre el acto y los motivos que dieron lugar a la declaratoria de la emergencia económica, social y ecológica. Asimismo, las disposiciones de la resolución guardan conexidad con los motivos que justificaron su expedición.

Proporcionalidad

11. Las medidas impartidas por las resoluciones -referidas a la transferencia, a título gratuito, de ventiladores para unidades de cuidados intensivos a unas empresas sociales del Estado y a unas entidades territoriales- buscaban fortalecer la capacidad instalada de las unidades de cuidado intensivo, dar una respuesta eficaz a la propagación del virus y atender de manera adecuada a la población afectada. Esas



medidas son, pues, adecuadas y proporcionales al fin que persiguen, en tanto que son congruente con la motivación que llevó a la declaratoria del estado de excepción ante la emergencia sanitaria producida por el COVID-19. De ahí que, en relación con la realidad de los motivos, la adecuación a los fines y la proporcionalidad con la gravedad del hecho que pretende conjurar, la Sala advierte que las Resoluciones n.º 951 y 1441 satisfacen esos requisitos

Las disposiciones referentes a la responsabilidad de aseguramiento, distribución, entrega y manejo de los ventiladores a cargo de las empresas sociales del Estado y las entidades territoriales (artículos 3 y 5 de la Resolución n.º 951 y artículo 3 de la Resolución n.º 1441) y sobre el perfeccionamiento de la transferencia (artículo 7 de la Resolución n.º 951 y de la Resolución n.º 1441), están encaminadas, precisamente, a garantizar el uso adecuado de los ventiladores para atender la pandemia del COVID-19.

Entrega de bienes entre entidades públicas a título gratuito

13. El artículo 355 CN -en armonía con el artículo 136.4 CN- dispone que ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado. Agrega que el Gobierno en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan nacional y los planes seccionales.

De modo que la Constitución, por un lado, prohíbe el contrato de donación entre las entidades del Estado y los particulares, esto es, la transferencia -gratuita e irrevocable- de una parte de los bienes de una persona a otra que la acepta (art. 1443 CC) con la pretensión de evitar cualquier desviación de los dineros del erario. Por otro, autoriza una excepción mediante la asignación de recursos por otro contrato, al que regula con detalle: el contratista será cualificado (entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad); el objeto del contrato de asignación de recursos debe servir al interés público y el contrato debe sujetarse a la ley del Plan Nacional de Desarrollo.



A su vez, el artículo 368 CN incluye otra excepción a dicha prohibición, al disponer que la Nación, los departamentos, los municipios y las entidades descentralizadas concederán subsidios (como deber y no como una facultad -por su puesto- de acuerdo con sus capacidades), en sus respectivos presupuestos, para que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas (*consumo básico de subsistencia*, como materialización de los enunciados sociales del Estado en el ámbito de los servicios públicos)³.

Además, la prohibición establecida en el artículo 355 CN no es absoluta⁴, ya que esa norma se restringe a los actos de mera liberalidad y no aplica en los que esté comprometida la garantía de derechos sociales. Es decir, si la cesión gratuita cuenta con un fundamento constitucional expreso (por ejemplo, financiación de vivienda de interés social, art. 51⁵), no configura una donación prohibida, sino que -por el contrario- responde al cumplimiento de los fines sociales del Estado⁶.

14. Si bien el artículo 355 CN limita la donación en relación con las personas de derecho privado, las entidades estatales pueden entregar bienes de forma gratuita a otras entidades de naturaleza pública en cumplimiento de sus funciones, de acuerdo con las reglas del Código Civil para la donación, que, como contrato, es una expresión de la autonomía de la voluntad (art. 1602 y art. 1443 CC y siguientes).

Dado que esa donación comporta una enajenación de activos, encuentra su autorización (art. 150.9 CN) -según la jurisprudencia constitucional- en la regulación general contenida en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública⁷. Estatuto que, al definir el contrato estatal como acto jurídico generador de obligaciones (art. 1494 CC) que celebren las entidades a que se refiere ese estatuto (art. 2), dispone que -además de los allí definidos a título enunciativo- serán aquellos

³ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-566 de 1995 [fundamento jurídico 4]. En el mismo sentido, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 2 de marzo de 2006 Rad. 66001-23-31-000-2004-00543-01(AP) [fundamento jurídico 1], en *Antología Jurisprudencias y Conceptos, Consejo de Estado 1817-2017* Sección Tercera Tomo A, Bogotá, Imprenta Nacional, 2018, pp. 56 a 57, disponible en: <https://cutt.ly/Akgynhf> y Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia 18 de junio de 2008, Rad. 70001-23-31-000-2003-00618-01(AP) [fundamento jurídico 7.9].

⁴ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-316 de 1995 [fundamento jurídico 3] y Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 13 de mayo de 1996 Rad. 800 [fundamento jurídico III];.

⁵ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 6 marzo de 2008, Rad. 16.613 [fundamento jurídico 3].

⁶ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-251 de 1996 [fundamento jurídico 5], sentencia C-205 de 1995, [fundamento jurídico E].

⁷ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-086 de 1995 [fundamento jurídico 2.2].



previstos en el derecho privado, en normas especiales o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad (art. 32).

La Ley 80 de 1993, además, se refiere expresamente a la donación en el párrafo del artículo 14, al establecer que se prescindirá de la utilización de cláusulas excepcionales para este tipo de contratos. A su vez, la enajenación de bienes del Estado está prevista en el artículo 2.e. de la Ley 1150 de 2007 y reglamentada en la sección 2 del Decreto 1082 de 2015.

La entrega gratuita de bienes a entidades del Estado, por su parte, también encuentra autorización clara en el caso del Ministerio de Salud y Protección Social, en el artículo 16 de la Ley 10 de 1990 que facultó expresamente a la Nación y a sus entidades descentralizadas ceder, gratuitamente, a las entidades territoriales, o sus entes descentralizados, los bienes, elementos e instalaciones destinados a la prestación de servicios de salud, a fin de que pudieran atender los niveles de atención que les correspondían, conforme lo dispuesto en el artículo 6 de esa ley.

Al margen de que la autorización para la transferencia gratuita de bienes entre entidades públicas se dé a través de la Ley 80 de 1993 o de leyes especiales, su perfeccionamiento se materializaría, a través de la celebración de un contrato regido en esencia, por el derecho privado y, en particular, por las disposiciones referidas a la donación (artículo 1443 CC y siguientes).

15. Por ello, aunque el Decreto Legislativo 800 de 2020 habilitó al Ministerio de Salud y Protección Social para realizar, mediante acto administrativo, transferencias de bienes en especie a título gratuito a las empresas sociales del Estado o las entidades territoriales, el ministerio podía realizar dicha entrega a través de la celebración de contratos con las entidades destinatarias de los ventiladores, en el marco de una relación contractual entre partes de naturaleza pública.

En otras palabras, la Nación-Ministerio de Salud y Protección Social podía realizar la entrega a título gratuito de los ventiladores a las empresas sociales del Estado y las entidades territoriales con fundamento en reglas del derecho privado, aplicables



a la contratación estatal (arts. 13, 23, 28, 32, 40, 44 y 45 de la Ley 80 de 1993⁸ y art. 2 CC).

Formalidades voluntarias

16. Las resoluciones controladas sometieron el perfeccionamiento de la transferencia de la propiedad de los ventiladores a su funcionamiento -artículo 6 de la Resolución n° 951 y artículo 4 de la Resolución n°. 1441-.

La ley autoriza a los contratantes a subordinar los efectos de sus manifestaciones a formalidades voluntarias o a condiciones lícitas y posibles (artículos 1530 y siguientes CC). Al margen de la aplicación general de la precitada regla, además, el código reconoce esta posibilidad, de manera implícita, en los artículos 1858 y 1979, al establecer que, en los contratos de compraventa de bienes muebles y arrendamiento, si los contratantes pactan que dichos contratos no se reputan perfectos hasta el otorgamiento de escritura pública o privada, podrá cualquiera de las partes retractarse mientras no se otorgue la escritura o no haya principiado la entrega de la cosa vendida o arrendada. Las partes de un contrato, pues, están habilitadas para someter el perfeccionamiento de contratos a solemnidades o condiciones que en principio no se requerirían, mediante una la estipulación de una cláusula especial (*accidental*, según el art. 1501 CC), siempre que no contraríen el orden público ni tenga objeto ilícito (art. 6, 16, 1502, 1519, 1741 y 1523 CC).

A pesar de que el Decreto Legislativo Decreto 800 de 2020 habilitó al Ministerio de Salud y Protección Social para realizar, mediante acto administrativo, transferencias de bienes en especie a título gratuito, lo cierto es que las normas del derecho privado autorizan esa transferencia mediante la celebración de acuerdos, los cuales, además de la formalidad del escrito (art. 39 Ley 80 de 1993) para el caso de las entidades regidas por el Estatuto Contratación Pública, pueden someterse a solemnidades adicionales para su perfeccionamiento.

17. Como las resoluciones revisadas están en conexidad con una norma de naturaleza legislativa y, además, la transferencia de bienes en materia de salud tiene

⁸ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 28 de febrero de 2020, Rad. 31.628 [fundamento jurídico 4].



13

Expediente n°. 11001-03-15-000-2020-04022-00
Resoluciones 951 y 1441 Nación-Ministerio de Salud y Protección Social
Declara ajustado a derecho el acto sujeto a control inmediato de legalidad

sólido fundamento en las reglas del derecho privado que gobiernan la contratación estatal, la Sala declarará ajustada a derecho esas resoluciones, en relación con el examen formal y material realizado en este control inmediato de legalidad.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Especial de Decisión n°. 26, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: DECLÁRANSE ajustadas al ordenamiento superior Resoluciones n°. 951 y 1441 del 12 de junio y 24 de agosto de 2020, expedidas por la Nación-Ministerio de Salud y Protección Social, en relación con el examen formal y material realizado en este control inmediato de legalidad.

SEGUNDO: En firme esta decisión, **ARCHÍVESE** el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Presidente de la Sala

LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA
Salva voto

MILTON CHAVES GARCÍA

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ



14

Expediente n°. 11001-03-15-000-2020-04022-00
Resoluciones 951 y 1441 Nación-Ministerio de Salud y Protección Social
Declara ajustado a derecho el acto sujeto a control inmediato de legalidad

CONSEJO DE ESTADO
SALA ESPECIAL DE DECISIÓN NÚMERO 26
SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO
LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA

Referencia: CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD
Radicación: 11001-03-15-000-2020-04022-00 acumulado con 11001-03-15-000-2020-02754-00
Actos: Resoluciones n°. 951 y 1441 del 12 de junio y 24 de agosto de 2020 expedidas por la Nación-Ministerio de Salud y Protección Social.

De manera respetuosa presento a continuación las razones que me llevan a salvar el voto en la sentencia proferida el veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021), por la Sala Especial de Decisión Número 26, con ponencia del señor magistrado, Dr. Guillermo Sánchez Luque.

En la sentencia se resolvió:

*“**PRIMERO: DECLÁRANSE** ajustadas al ordenamiento superior Resoluciones n° 951 y 1441 del 12 de junio y 24 de agosto de 2020, expedidas por la Nación-Ministerio de Salud y Protección Social, en relación con el examen formal y material realizado en este control inmediato de legalidad”.*

Las razones de mi desacuerdo son las siguientes:

El artículo 20 de la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción, Ley 137 de 1994, que constituye la génesis del control inmediato de legalidad, consagró su procedencia en los siguientes términos:

*“**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.”.

A su turno, la Ley 1437 de 2011, al diseñar el sistema de controles, trajo nuevamente este mecanismo procesal en el artículo 136, con una regulación similar a la prevista en la ley estatutaria, con la siguiente descripción:

*“**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.”.

En el presente caso, como se indicó en la sentencia de la cual me aparto, la Nación-Ministerio de Salud y Protección Social expidió **i)** la Resolución n°. 951 del 12 de junio de 2020 que transfirió, a título gratuito, ventiladores para unidades de cuidados intensivos a unas empresas sociales del Estado y a unas entidades territoriales, para garantizar la oferta de servicios de salud para la atención de la emergencia sanitaria por la pandemia del COVID-19. Y, **ii)** la Resolución n°. 1441 del 24 de agosto siguiente, que amplió la transferencia de ventiladores para soporte respiratorio al Distrito de Santa Marta y a los departamentos de Antioquia, Cauca, Córdoba y Norte de Santander. Los actos controlados fijaron responsabilidades de aseguramiento, distribución, entrega y manejo de los ventiladores a cargo de las empresas sociales del Estado y las entidades territoriales. A su vez, sometieron el perfeccionamiento de la transferencia de la propiedad de los bienes a su funcionamiento.

Al respecto, debo señalar que, a mi juicio, los actos objeto de control no cumplen con la totalidad de los requisitos de procedibilidad para su estudio a través del medio de control inmediato de legalidad, particularmente, que su contenido sea de carácter general.

Respetuosamente considero que las Resoluciones n°. 951 del 12 de junio y 1441 del 24 de agosto de 2020 de la Nación - Ministerio de Salud y Protección Social que transfirieron, a título gratuito, ventiladores para unidades de cuidados intensivos a unas empresas sociales del Estado y a unas entidades territoriales, para garantizar la oferta de servicios de salud para la atención de la emergencia sanitaria por la pandemia del COVID-19, son actos de contenido particular, como seguidamente paso a explicarlo:

Pues bien, desde el punto de vista de su contenido, los actos administrativos se clasifican en generales o particulares, según que sus efectos estén dirigidos a una generalidad de personas o un sujeto determinado o sujetos determinables.

Como lo ha expresado, el Exconsejero de Estado, LIBARDO RODRÍGUEZ, “*Los actos generales o actos creadores de situaciones jurídicas generales, objetivas o reglamentarias, son aquellos que se refieren a personas indeterminadas. Por ejemplo, los decretos reglamentarios. Los actos individuales o actos creadores de situaciones jurídicas individuales, particulares, subjetivas o concretas, son los que*



*se refieren a personas determinadas individualmente. Como ejemplo podemos citar el acto por el cual se destituye a un funcionario*⁹.

En punto de la naturaleza del acto administrativo particular¹⁰, ROBERTO DROMI manifiesta que la *característica fundamental de este acto “es que produce efectos jurídicos subjetivos, concretos, de alcance sólo individual, a diferencia del reglamento, que produce efectos jurídicos generales”*¹¹.

En el presente asunto, los actos que se estudian tienen suficientes elementos para que no clasifiquen como actos generales, pues dada la particularidad y determinación de los sujetos beneficiados con los mismos, así como la relación concreta de los bienes que se transfieren y el establecimiento de obligaciones específicas a cargo de sus beneficiarios, se hace evidente que son de contenido individual y concreto. Se trata de actos de contenido particular y concreto¹², en la medida en que, producen efectos jurídicos frente a unos sujetos determinados.

En consecuencia, los actos administrativos objeto de control no contienen una medida de carácter general, ni constituyen una manifestación del poder jerárquico reglamentario de la administración, sino que se trata de actos particulares por los cuales se transfiere a título gratuito unos ventiladores a unos sujetos específicamente determinados.

En este mismo sentido se pronunció esta Corporación mediante auto del 25 de septiembre de 2020, providencia en la que se decidió no avocar el conocimiento de la Resolución 440 de 2020, *“por la cual se realiza una transferencia a título gratuito de bienes en especie al Distrito de Bogotá y a los Departamentos de Caldas, Caquetá, Cesar, Córdoba, Cundinamarca, Guajira, Magdalena, Meta, Putumayo, Quindío y Tolima, con el fin de garantizar la oferta de servicios de salud para la atención de la emergencia sanitaria por el nuevo Coronavirus que causa la Covid-19”*, en donde se indicó:

“En el caso concreto, el Despacho advierte que la Resolución 1440 de 24 de agosto de 2020 no cumple con las condiciones formales y materiales para ser objeto del control inmediato de legalidad por parte de esta Corporación, por la siguiente razón:

⁹ Rodríguez R., Libardo. Derecho Administrativo General y Colombiano. Editorial Temis, 8ª Edición, 1995. P. 206.

¹⁰ También sobre el particular puede consultarse: BERROCAL Guerrero, Luis Enrique, Manual del Acto Administrativo, Ediciones Librería del Profesional, Sexta Edición, Página 156 *“ACTO ADMINISTRATIVO PARTICULAR O INDIVIDUAL. Es el que crea modifica o extingue o afecta situaciones jurídicas personales. Tiene efectos jurídicos directos e inmediatos sobre personas identificadas o identificables individualmente, independiente del número de ellas, de suerte que lo es el que comprende a un (acto singular) o a un conjunto de personas, siempre que estén individualizadas (en este último caso la legislación española los denomina actos administrativos plúrimos)”*.

¹¹ Roberto Dromi. Derecho Administrativo. Editorial Ciencia y Cultura 12ª Edición 2009. Buenos Aires – Madrid - Mexico P. 341.

¹² “b) Acto creador de una situación jurídica individual: Son actos que tienen por efecto dar nacimiento a un poder jurídico individual”. Díez, Manuel María. “El Acto Administrativo”. Tercera Edición. 2009. Tipográfica Editora Argentina S.A. Buenos Aires.



17

Expediente nº. 11001-03-15-000-2020-04022-00
Resoluciones 951 y 1441 Nación-Ministerio de Salud y Protección Social
Declara ajustado a derecho el acto sujeto a control inmediato de legalidad

“Aun cuando el acto administrativo fue proferido por una entidad del orden nacional, en desarrollo de las facultades concedidas por el Decreto legislativo 800 de 4 de junio de 2020, no tiene carácter general. Su contenido, por el contrario, es singular y concreto, en la medida en la que se refiere a un negocio jurídico particular, en el que aparecen determinados los bienes en especie objeto de la transferencia y los entes territoriales que los adquieren”¹³.

Idéntico criterio expresé en el auto de 27 de noviembre de 2020 que proferí dentro del control inmediato de legalidad 11001-03-15-000-2020-04023-00.

Así las cosas, al no cumplirse las previsiones del artículo 20 de la Ley 137 de 1994 y 136 de la Ley 1437 de 2011, se imponía declarar la improcedencia del control inmediato de legalidad respecto de las Resoluciones nº 951 y 1441 del 12 de junio y 24 de agosto de 2020, expedidas por la Nación - Ministerio de Salud y Protección Social.

Por lo anterior, y en aras de la coherencia jurídica en mis decisiones, con todo respeto, dejo expresados los argumentos que sustentan mi salvamento de voto.

Fecha *ut supra*.

LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA
Magistrado

¹³ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto del 25 de septiembre de 2020, expediente 11001-03-15-000-2020-04020-00, M.P.: María Adriana Marín. En esa misma línea: i) expediente 11001-03-15-000-2020-03484-00, auto del 6 de agosto de 2020, M.P.: Nubia Margoth Peña Garzón, ii) expediente 11001-03-15-000-2020-03220-00, auto del 12 de agosto de 2020, M.P.: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, iii) expediente 11001-03-15-000-2020-03483-00, auto del 13 de agosto de 2020, M.P.: Roberto Augusto Serrato Valdés y iv) expediente 11001-03-15-000-2020-03482-00, auto del 18 de agosto de 2020, M.P.: Nicolás Yepes Corrales.