



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
SALA PLENA

Magistrado Ponente: DANIEL MONTERO BETANCUR

Medellín, cuatro (4) de junio de dos mil veinte (2020)

Radicado	05001 23 33 000 2020 00999 00
Naturaleza	Control inmediato de legalidad
Medida objeto de control	Decreto 37, de 19 de marzo de 2020, <i>"Por medio del cual se adoptan unas medidas establecidas por la gobernación de Antioquia y el Gobierno Nacional mediante decreto 420 del 18 de marzo de 2020"</i>
Autoridad que profirió la medida	Alcalde de Buriticá (Antioquia)
Asunto	Deja sin efectos auto que avocó conocimiento del control inmediato de legalidad

Encontrándose el proceso de la referencia al despacho para elaborar el respectivo proyecto de sentencia, se advierte que el acto administrativo de la referencia no es susceptible del control inmediato de legalidad que contemplan los artículos 20 de la ley 137 de 1994 y 136 de la ley 1437 de 2011.

I.- Antecedentes.-

1.- Medida objeto del control.-

Se transcribe textual el texto de la medida objeto de control, incluso con fallas de mecanografía:

"DECRETO No. 037

"POR MEDIO DEL CUAL SE ADOPTAN UNAS MEDIDAS ESTABLECIDAS POR LA GOBERNACION DE ANTIOQUIA Y EL GOBIERNO NACIONAL MEDIANTE DECRETO 420 DEL 18 DE MARZO DE 2020"

"EL ALCALDE MUNICIPAL DE BURITICÁ,

"En uso de sus facultades Constitucionales y Legales, en especial las conferidas el Decreto 418 del 18 de Marzo de 2020, artículo 198, 199 de la Ley 1801 de 2016, artículo 91 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 29 de la Ley 1551 de 2012, y

“CONSIDERANDO

“Que de conformidad con el artículo 2º de la Constitución Política, las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

“Que de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 95 de la Constitución Política, toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y de su comunidad, y obrar conforme el principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas.

“Que de conformidad con el numeral 4 del artículo 189 de la Constitución corresponde al presidente de la República conservar el orden público en todo el territorio nacional.

“Que de conformidad con el artículo 303 de la Constitución Política el gobernador será el agente del presidente de la República para el mantenimiento de orden público.

“Que el artículo 315 de la Constitución Política señala como atribución de los alcaldes, conservar el orden público en el municipio, de conformidad con la ley y las instrucciones y órdenes que reciban del Presidente de la República.

“Que de conformidad con el Decreto No 418 de 18 de marzo de 2020, la dirección del orden público estará a cargo del Presidente de la República.

“Que de conformidad con el artículo 199 de la Ley 1801 de 2016, es atribución del Presidente de la República: (i) ejercer la función de Policía para garantizar el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y los deberes, de acuerdo a la Constitución y la ley; (ii) tomar las medidas que considere necesarias para garantizar la convivencia en el territorio nacional, en el marco de la Constitución, la ley y el Código Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana; e (iii) impartir instrucciones a los alcaldes y gobernadores para preservar y restablecer la convivencia.

“Que el artículo 91 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 29 de la Ley 1551 de 2012 señala que los alcaldes ejercerán las funciones que les asignan la Constitución, la ley, las ordenanzas, los acuerdos y las que le fueren delegadas por el Presidente de la República o gobernador respectivo. Además de las funciones: (i) conservar el orden público en el municipio, de conformidad con la ley y las instrucciones del Presidente de la República y del respectivo gobernador; y (ii) restringir o prohibir el expendio y consumo de bebidas embriagantes.

“Que la organización Mundial de la Salud –OMS–, declaró el 11 de marzo del presente año, pandemia por el COVID-19, esencialmente por la velocidad de su propagación, instando a los Estados a tomar las acciones urgentes y decididas para la identificación, confirmación, aislamiento y monitoreo de los posibles casos y el tratamiento de los casos confirmados, así como la divulgación de las medidas preventivas con el fin de redundar en la mitigación del contagio.

“Que el Ministerio de Salud y Protección Social mediante la Resolución 385 del 12 de marzo de 2020, declaró la emergencia sanitaria por causa del COVID-19, hasta el 30 de mayo de 2020, y adoptó medidas sanitarias con el objeto de prevenir y controlar la propagación del COVID -19 en el territorio nacional y mitigar sus efectos.

“Que el Gobierno Nacional mediante Decreto 420 del 18 de marzo de 2020, impartió instrucciones para expedir normas en materia de orden público en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia de COVID-19.

“Que teniendo en cuenta al anterior decreto, el Gobierno Nacional estableció instrucciones que deben ser tenidas en cuenta por los gobernadores y alcaldes en el ejercicio de sus funciones en materia de orden público en el marco de la emergencia sanitaria por causa del Coronavirus COVID-19, al decretar medidas sobre el particular.

“Así las cosas, la administración municipal de Buriticá – Antioquia en aras de coordinar sus actuaciones con las demás autoridades del orden nacional y departamental,

“DECRETA

“ARTÍCULO PRIMERO: Prohibición de consumo de bebidas embriagantes y reuniones y aglomeraciones.

“1.1. Prohibir el consumo de bebidas embriagantes en espacios abiertos y establecimientos de comercio, a partir de las seis de la tarde (6:00 p.m.) del día jueves 19 de marzo 2020, hasta las 6:00 a.m. del día sábado 30 de mayo de 2020. No queda prohibido el expendio de bebidas embriagantes.

“1.2. Prohibir las reuniones y aglomeraciones de más de cincuenta (50) personas, a partir de las seis de la tarde (6:00 p.m.) del día jueves 19 de marzo 2020, hasta las 6:00 a.m. del día sábado 30 de mayo de 2020.

“ARTÍCULO SEGUNDO: Ordenar el toque de queda de veinticuatro (24) horas de niños, niñas y adolescentes, a partir de la expedición del presente decreto y hasta el 20 de abril de 2020.

“ARTÍCULO TERCERO: Aclarar y precisar que las medidas tomadas en el decreto Municipal 035 del 18 de marzo de 2020, se cumplirán de la siguiente manera:

“3.1. El servicio de transporte terrestre automotor de pasajeros por carretera (intermunicipal), carga y modalidad especial podrán seguir circulando por las vías nacionales que atraviesan la ciudad.

“3.2. No habrá restricciones de tránsito en las vías del orden nacional ya que dicha infraestructura no es competencia del orden nacional.

“3.3. La suspensión de las actividades en establecimientos y locales comerciales, no comprende establecimientos y locales comerciales de minoristas de alimentación, de bebidas, de productos y bienes de primera necesidad, de productos farmacéuticos, de productos médicos, ópticas, de productos ortopédicos, de productos de aseo e higiene, y de alimentos y medicinas para mascotas.

“3.4. El cierre al público de establecimientos y locales comerciales gastronómicos, no se extiende a la oferta de sus productos mediante plataformas de comercio electrónico y/o por entrega a domicilio, ni a los restaurantes ubicados dentro de las instalaciones hoteleras, lo cuales solo podrán prestar el servicio a sus huéspedes.

“3.5. La prestación de los servicios de vigilancia y seguridad privada no se restringen.

“ARTÍCULO CUARTO: Adoptar en la Jurisdicción del Municipio de Buriticá la CUARENTENA POR LA VIDA decretada por la Gobernación de Antioquia desde las 7:00 de la noche del viernes 20 de marzo de 2020 hasta las 3:00 de la mañana del martes 24 de marzo del mismo año, por lo cual se prohíbe la circulación de personas y vehículos, con el objeto contener la propagación del virus COVID-19.

“ARTÍCULO QUINTO: Quedan excepcionados de esta medida las siguientes personas y vehículos:

"1. Quiéres estén debidamente acreditados como miembros de la Fuerza Pública, Ministerio Público incluyendo la Personería Municipal, Defensa Civil, Cruz Roja, Defensoría del Pueblo, Cuerpos de Bomberos, Organismos de socorro, funcionarios del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, de la Fiscalía General de la Nación y las autoridades que cumplan funciones de policía.

"2. Vehículos y personal de vigilancia privada y empresas de transporte de valores.

"3. Personal sanitario y de emergencia médica, ambulancias, vehículos destinados a la atención domiciliaria de pacientes y distribución de medicamentos a domicilio.

"4. Toda persona que de manera prioritaria requiera atención de un servicio de salud, su acompañante y las personas que se dediquen a la guarda y cuidado de personas mayores de edad.

"5. Personal que labore en medios de comunicación.

"6. Vehículos y personal de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, telecomunicaciones, centros de llamadas, centro de soporte técnico y plataformas de comercio electrónico.

"7. Trabajadores y personal de aquellas obras de infraestructura o de atención de programas sociales que deban ejecutarse o no puedan suspenderse, previa autorización de la Administración municipal de Buriticá.

"8. Vehículos y personal que realice el abastecimiento de víveres y de productos de aseo.

"9. Personal y vehículos incluidas las motocicletas de propiedad del personal vinculado a entidades, empresas y establecimientos del sector salud, que transporten personal y/o suministros médicos los cuales deben portar identificación.

"10. Personas que trabajen en comercios de primera necesidad, tales como farmacias y supermercados.

"11. Personas que presenten sus servicios a empresas o plataformas tecnológicas dedicadas a la entrega a domicilio de víveres y productos farmacéuticos, por medio de motocicletas y bicicletas.

"12. Personas y vehículos destinados a servicios funerarios exclusivamente durante el tiempo de la prestación del mismo.

"13. Las personas que deban desplazarse a atender actividades agropecuarias, que por su naturaleza sea de impostergable ejecución.

"14. Las personas que deban sacar sus mascotas por tiempo prudente y a lugares cercanos a su residencia.

"15. Las personas de la zona rural que requieran abastecimiento de víveres y productos de aseo e higiene.

"PARAGRAFO: El Alcalde Municipal de Buriticá queda facultado para otorgar permisos, excepcionales y especiales, de acuerdo con la evaluación del riesgo de propagación del COVID-19 la Jurisdicción del Municipio de Buriticá.

"ARTÍCULO SEXTO: Las niñas y los niños que se encuentren sin la compañía de sus padres o la(s) persona(s) en quien(es) recaiga su custodia, en la zona y durante el tiempo de que trata el artículo 4º del presente decreto, serán conducidos por la autoridad competente al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF–, para verificación de derechos.

De igual forma, los adolescentes que se encuentren sin la compañía de sus padres o la(s) persona(s) en quien(es) recaiga su custodia, en la zona y durante el tiempo de que trata el artículo 1° del presente decreto, serán conducidos a las Comisarias de Familia, para que procedan con la verificación de derechos y el proceso sancionatorio a que haya lugar, conforme a lo dispuesto en el artículo 190 del Código de Infancia y la Adolescencia, modificado por el artículo 91 de la Ley 1453 de 2011.

“ARTÍCULO SÉPTIMO: El incumplimiento de las disposiciones contenidas en el presente decreto acarreará como consecuencia, además de las medidas correctivas del Capítulo II del Título I del Libro Tercero Código de Policía y Convivencia Ciudadana, la obligación por parte de los infractores de adelantar actividades sociales para la prevención y atención del Coronavirus, por un término de cuatro (4) horas, el cual será supervisado por la Inspección de Policía del Municipio de Buriticá.

“ARTÍCULO OCTAVO: Adoptar como medida sanitaria preventiva y de control, la clausura de los establecimientos y locales comerciales de esparcimiento y diversión; de baile, ocio y entretenimiento y de juegos de azar y apuestas tales como casinos, bingos, y terminales de juegos de video.

“PARAGRAFO 1: Los establecimientos y locales comerciales a que alude el artículo séptimo que prevén en su objeto social la venta de comidas y bebidas; permanecerán cerrados al público y solamente podrán ofrecer estos servicios a través de comercio electrónico o por entrega a domicilio para su consumo fuera de los establecimientos atendiendo las medidas sanitarias a que haya lugar.

“PARAGRAFO 2: Esta medida no será aplicable a los servicios prestados en establecimientos hoteleros.

“ARTÍCULO NOVENO: Adoptar como medida sanitaria preventiva y de control, la suspensión del expendio de bebidas alcohólicas para el consumo dentro de los establecimientos; no obstante, podrá realizarse la venta de estos productos a través de comercio electrónico o por entrega a domicilio para su consumo fuera de los establecimientos, atendiendo las medidas sanitarias a que hubiera lugar.

“PARAGRAFO: Esta medida no será aplicable a los servicios prestados en establecimientos hoteleros.

“ARTÍCULO DECIMO: La violación y la inobservancia de las medidas adoptadas en los artículos 8.9, dará lugar a las sanciones penales y pecuniarias previstas en los artículos 368 del Código Penal y 2.8.8.1.4.2.1 del Decreto 780 de 2016, sin perjuicio de las demás responsabilidades a que hubiera lugar.

“ARTÍCULO UNDECIMO: Ordenar a las autoridades de policía competentes disponer las medidas necesarias para el cumplimiento del presente decreto.

“ARTÍCULO NOVENO: El presente Decreto rige a partir de su publicación.

“Dado en Buriticá, a los 19 de marzos de 2020

“PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE.

(Hay firma)

“LUIS HERNANDO GRACIANO ZAPATA

“Alcalde Municipal

2.- Actuación procesal surtida.-

El magistrado sustanciador, mediante auto de 13 de abril de 2020, avocó el conocimiento del asunto, ordenó darle al proceso el trámite dispuesto en el artículo 185 del CPACA, ordenó remitir al tribunal la totalidad de los antecedentes administrativos del acto objeto del control, ordenó efectuar los avisos y notificaciones contemplados en el ordenamiento jurídico y dispuso dar traslado al procurador al vencimiento de los 10 días de la publicación del aviso.

Durante el término de publicación del aviso, el alcalde Buriticá guardó silencio y no se recibieron intervenciones de la ciudadanía.

El 17 de abril de 2020, el Procurador 32 Judicial II Administrativo interpuso recurso de reposición contra el auto que avocó el conocimiento del asunto, solicitó que se revocara y, en su lugar, se abstuviera de tramitar el control inmediato de legalidad.

Mediante auto de 20 de abril de 2020, el despacho confirmó la providencia recurrida; sin embargo, en auto de 29 de abril de 2020, el magistrado advirtió que se omitió correr traslado del recurso interpuesto al alcalde de Buriticá, por lo cual existía la causal de nulidad procesal contemplada en el numeral 6 del artículo 133 del C.G.P., la cual, posteriormente, fue saneada y se continuó el curso del proceso.

Dentro del término concedido, el municipio de Buriticá (Antioquia) aportó un memorial, mediante el cual manifestó que no existen más antecedentes que los nombrados en el decreto.

3.- De las pruebas allegadas:

En atención a la solicitud realizada por esta Corporación, el municipio de Buriticá (Antioquia) aportó memorial, mediante el cual manifestó que no existen otros antecedentes distintos a los mencionados en decreto 81 de 2020.

4.- Concepto del Ministerio Público.-

El Ministerio Público allegó concepto en el que luego de citar los antecedentes del medio de control, los fundamentos jurídicos de los estados de excepción en Colombia y de la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, solicitó a la Sala Plena de la Corporación declarar improcedente el

control inmediato de legalidad respecto del decreto 37, de 19 de marzo de 2020, proferido por el alcalde del municipio de Buriticá y sobre el que se avocó el conocimiento en ejercicio del medio de control. Así mismo, señaló que, de no acceder a la petición anterior, se declare el decreto ajustado a derecho.

El agente del Ministerio Público señaló que a través del acto referido se adoptó la cuarentena por la vida en el municipio de Buriticá Antioquia con el objeto de establecer medidas (tales como: prohibición de consumo de bebidas embriagantes, reuniones y aglomeraciones de más de 50 personas, ordena el toque de queda para ciertos habitantes, ordena la clausura de establecimientos y locales comerciales de esparcimiento, diversión, baile, ocio y entretenimiento, de juegos de azar y apuestas), entre otras medidas.

Enseguida, precisó que el decreto 37 de 2020, objeto de control inmediato de legalidad, contiene medidas generales (factor objeto) y fue proferido en ejercicio de las funciones administrativas por el alcalde del municipio de Buriticá (Antioquia)- autoridad del orden territorial Municipal (factor sujeto)-, en su texto no se hace referencia a algún decreto legislativo que se haya proferido con base en el decreto 417 de 2020, es decir, no fue expedido en desarrollo de ningún decreto legislativo proferido durante el estado de excepción declarado en Colombia, por lo que afirmó que ***“fue expedido en desarrollo de las facultades ordinarias otorgadas por la normatividad vigente a los Alcaldes en materia de sanidad, orden público y policía y no como desarrollo de uno o más de los decretos legislativos expedidos en el estado de excepción declarado en nuestro país, como se requiere para que proceda este medio de control”*** (Página 12 del concepto, negrillas del texto original).

Agregó que (se transcribe textualmente, como aparece a folio 12 del concepto):

“...Ahora, debe aclararse, que por el solo hecho de que en uno de sus considerandos o fundamento jurídico se hubiere dado cuenta de la expedición del Decreto 417 de 17 de marzo de 2020, expedido por el Gobierno Nacional que declara por el término de treinta (30) días calendario el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional, no puede entenderse que el acto haya sido dictado en ejercicio de función administrativa para desarrollarlo, **por cuanto como se concluyó antes, la reglamentación o desarrollo inmediato del decreto que declara la emergencia se realiza a través de decretos legislativos, reiterándose que solo los actos generales que desarrollen estos últimos son aquellos respecto de los cuales se ejerce el control”**.

Refirió que el fundamento jurídico del decreto son normas propias de un estado de normalidad, por lo que no era necesario acudir a fórmulas excepcionales que son

las que autorizan los decretos legislativos proferidos en el marco de los estados de excepción.

Enseguida procedió a confrontar la materia que reglamenta el acto administrativo sometido al control inmediato de legalidad con las competencias ordinarias que la normativa asigna a los alcaldes, tales como la ley 1523 de 2012, artículos 14 y 202 de la ley 1801 de 2016, el artículo 91 de la ley 136 de 1994, el artículo 579 de la ley 9 de 1979, el decreto 780 de 2016 y la ley 715 de 2001, para luego de ello concluir que el acto administrativo controlado no fue expedido en virtud de las facultades especiales otorgadas a las autoridades nacionales o territoriales en decretos legislativos expedidos en desarrollo de los estados de excepción, sino que corresponde a las atribuciones ordinarias otorgadas previamente en la Constitución Política y en la ley, es decir, que el alcalde no ejerció facultades extraordinarias derivadas de los decretos legislativos proferidos en desarrollo del estado de emergencia actual declarado en Colombia, por lo que consideró que no es susceptible del control inmediato de legalidad y advirtió que esta norma está sujeta a los controles ordinarios derivados del medio de control de nulidad simple, consagrado en el artículo 137 del CPACA, el que requiere acción de parte legitimada y de la revisión de los actos de los alcaldes a que hace referencia el artículo 305 (numeral 10) de la Constitución Política, el que exige solicitud por parte del señor Gobernador de Antioquia.

Agregó que la "*tesis amplia*" sobre los actos objeto de control que el despacho sustanciador ha sustentado en los autos que decide sobre si avoca o no conocimiento, señaló que la misma desconoce el principio de reserva de ley y que no es procedente modificar o ampliar por la autoridad judicial el objeto del medio de control inmediato de legalidad consagrado de manera clara en cuanto a su alcance por una ley estatutaria, so pretexto de proteger el derecho a la tutela efectiva, por cuanto se garantiza con otros medios de control.

Luego agregó que, en reciente providencia de 30 de abril de 2020, el Consejo de Estado¹ abandonó esta tesis y dispuso que:

"Esta tesis [al referirse a la amplia] se fundamentó en la necesidad de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva de todas las personas que tienen limitada su movilidad, como ocurre en la actualidad en Colombia, por la notoria situación de anormalidad desde la declaratoria del estado de emergencia, y en cuarentena nacional obligatoria desde el 24 de marzo de 2020, con la restricción de su libertad

¹ Consejo de Estado. Providencia de treinta (30) de abril de dos mil veinte (2020). Radicado: 11001-03-15-0002020-01497-00.

de locomoción y de acceso a servicios considerados como no esenciales, lo que dificulta en muchos casos la posibilidad de acudir a la administración de justicia a través de los medios ordinarios establecidos en el ordenamiento jurídico para controlar la actuación de las autoridades.

"...

"De acuerdo con lo precedente, dado que se habilitó la posibilidad de que las personas accedan a la administración de justicia a través de los medios ordinarios para demandar los actos generales emanados de las autoridades públicas (v. gr. nulidad simple), ha de entenderse que el control inmediato de legalidad consagrado en los artículos 20 de la Ley 137 de 1994 y 136 del CPACA, procede frente a las medidas de carácter general en ejercicio de la función administrativa que se expidan 'como desarrollo de los decretos legislativos durante los Estados de Excepción', sin incluir a todos aquellos expedidos a partir de la declaratoria de emergencia, con el fin de hacer frente a los efectos de la pandemia, que no penden directamente un decreto legislativo.

"...

"En conclusión, en estos casos, a partir del cambio normativo introducido por el Acuerdo PCSJA2011546 del 25 de abril de 2020, del Consejo Superior de la Judicatura, el espectro de los actos susceptibles de tener control inmediato de legalidad se limita a aquellos actos generales emitidos para desarrollar directamente los decretos legislativos, al tenor de lo dispuesto en las normas legales antes referidas".

El agente del Ministerio Público indicó que, en caso de no compartirse la anterior conclusión por acogerse la tesis abierta y flexible frente al objeto del control inmediato de legalidad y dado que el decreto limita derechos fundamentales, al hacerse el juicio de legalidad del decreto se desprende que el mismo está ajustado a derecho, al considerar (se transcribe textualmente, como aparece a folio 17 y 19):

"Las medidas, adoptadas en el decreto sometido a control, resultan proporcionales con la gravedad de los hechos que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción, y guardan conexidad con las normas superiores que le sirven de sostén como quiera que, lo que pretende es prevenir, contener y mitigar los efectos de una enfermedad catalogada como de pandemia, esencialmente por la velocidad de su propagación y la escala de transmisión que motivó el estado de emergencia, con el fin de garantizar la protección de la vida, honra y bienes de los habitantes del Municipio, lo que es una obligación constitucional a cargo del Estado según el artículo segundo constitucional. Por lo anterior, se advierte que las medidas previstas en el acto objeto de control son idóneas, necesarias y proporcionales para efectos de resguardar los derechos fundamentales que se ven flagrantemente afectados por la pandemia que azota al mundo entero.

"Ahora, puede que algunas de las medidas sean limitantes de libertades y derechos individuales, tales como: libre empresa, derecho al trabajo, derecho al libre desarrollo de la personalidad, o derecho a la libre locomoción, lo cual es factible en estados de anomalía tal como lo señala el artículo 13 de la Ley 137 de 1994 y lo confirma la Corte Constitucional"

Con fundamento en lo anterior, indicó que en el presente asunto no hubo extralimitación y, en consecuencia, los actos objeto de control se encuentran conforme al ordenamiento jurídico frente al cual fueron analizados

II.- CONSIDERACIONES.-

1.- Problema jurídico.-

Consiste en establecer si, previo a continuar con el trámite de este medio de control, el decreto 37, de 19 de marzo de 2020, proferido por el alcalde de Buriticá (Antioquia) es susceptible del control inmediato de legalidad que contemplan los artículos 20 de la ley estatutaria 137 de 1994 y 136 de la ley 1437 de 2011 y, en caso de ser procedente, se efectuará el análisis de integralidad de la medida en los aspectos formales (competencia, y requisitos de forma) y materiales (conexidad o relación con los decretos legislativos expedidos por el Gobierno Nacional para superar el estado de excepción y la proporcionalidad de sus disposiciones).

Para definir el asunto de la referencia, se estudiarán los siguientes aspectos: (I) referencia general a los estados de excepción contemplados en la Constitución Política de 1991, (II) el control a los poderes del Ejecutivo en los estados de excepción, (III) naturaleza, finalidad, alcance y características del control inmediato de legalidad, (V) requisitos de procedencia de control inmediato de legalidad y (V) estudio de procedencia en el asunto bajo estudio.

2. I.- Breve referencia a los estados de excepción contemplados en la Constitución política de 1991.-

La Constitución Política de 1991, en aras de que el poder ejecutivo cuente con las herramientas necesarias para conjurar situaciones que alteren extraordinariamente la normalidad, contempló tres estados de excepción que el mismo constituyente denominó: (a) de "*Guerra Exterior*" (art. 212), (b) de "*Conmoción Interior*" (art. 213) y (c) "*Estado de Emergencia*" (art. 215).

Para los fines que interesan a esta providencia, se analizará brevemente el último de los estados de excepción mencionados.

El artículo 215 de la Constitución Política de Colombia le atribuye al Presidente de la República la potestad de declarar el Estado de Emergencia, por períodos de hasta 30 días que pueden ser prorrogados dos veces más y que, en todo caso, sumados no podrán exceder 90 días en el año calendario, cuando sobrevengan

hechos distintos de los previstos en los artículos 212 (Guerra exterior) y 213 (Conmoción Interior) que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública².

El rasgo más significativo de los estados de excepción, incluido el de Emergencia, es que, una vez declarado éste (a través del decreto declarativo del estado de excepción) por mandato constitucional se habilita, a sí mismo, el Presidente de la República para que, con la firma de todos sus ministros, pueda “*dictar decretos con fuerza de ley*”, denominados decretos legislativos, los cuales deben estar destinados exclusivamente a conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos.

En el ejercicio de esta potestad, el Gobierno debe velar por que sus decisiones se ajusten a los lineamientos establecidos por la propia Constitución Política, razón por la cual la declaratoria del estado de excepción no debe convertirse en un instrumento para desconocer derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos, ni para inmiscuirse en materias distintas a las que deban ser reguladas con el fin de conjurar los hechos que dieron origen al estado de excepción.

Otro aspecto que vale la pena destacar es que los decretos legislativos que expide el Gobierno durante la emergencia, a diferencia de los dictados con fundamento en la declaratoria de conmoción interior, pueden reformar o derogar la legislación preexistente y tienen vigencia indefinida en el tiempo, hasta tanto el Congreso de la República proceda a derogarlos o reformarlos, salvo cuando se trate de normas relativas a la imposición de tributos o modificación de los existentes, los cuales “*dejarán de regir al término de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso, durante el año siguiente, les otorgue carácter permanente*”. Esa es la lectura que desprende del artículo 215 (incisos segundo y tercero) de la Constitución Política y así ha sido reconocida por la Corte Constitucional (sentencia C-179 de 1994).

Ahora bien, tal como lo ha precisado la más reciente jurisprudencia del Consejo de Estado³, el Gobierno Nacional “... bien sea a través del señor Presidente de la República, o por medio de otra autoridad subordinada a él, como por ejemplo, sus

² “**Artículo 215.** Cuando sobrevengan hechos distintos de los previstos en los artículos 212 y 213 que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, declarar el Estado de Emergencia por períodos hasta de treinta días en cada caso, que sumados no podrán exceder de noventa días en el año calendario ...”.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Especial de Decisión 10, sentencia de 11 de mayo de 2020, Rad. 11 001-03-15-000-2020-00 944-00.

ministros de despacho, directores de departamentos administrativos o superintendentes, directores de agencias estatales, etc.; así como los órganos autónomos e independientes y las **autoridades territoriales**, podrán reglamentar y/o desarrollar ..."4, en el **ámbito de sus respectivas competencias**, "... lo dispuesto en los «decretos legislativos» expedidos para conjurar el «estado de emergencia»; (sic) para lo cual, en uso de la tradicional facultad reglamentaria establecida en el artículo 189.11 de la Constitución ..."5 y de las competencias de cada uno de estos órganos o entidades estatales, podrán expedir las correspondientes medidas generales, las cuales pueden adoptar distintas formas contempladas en el ordenamiento jurídico, como reglamentos, decretos, resoluciones, etc., "... para hacer aún más concretas las medidas provisionales o permanentes tendientes a superar las circunstancias que provocaron el Estado de Excepción6" (subrayas y negrilla fuera del texto original).

3. II.- El control a los poderes del Ejecutivo en los estados de excepción.-

El ejercicio de esa facultad legislativa excepcional propia de los estados de excepción, por parte del poder ejecutivo, y las medidas de carácter general dictadas en ejercicio de función administrativa como desarrollo de los decretos legislativos son objeto de control, a través de diferentes mecanismos que contempla la misma Constitución Política y la ley.

Sin perjuicio del control político que contempla la ley superior respecto de los estados de excepción, el ordenamiento jurídico prevé algunos controles judiciales que se justifican por la alteración excepcional de las competencias legislativas, en la medida en que, si bien mediante leyes de facultades extraordinarias el Congreso puede habilitar al Presidente de la República para el ejercicio de precisas funciones legislativas, en los estados de excepción es el propio Jefe de Gobierno quien, con la declaración del estado de excepción, se reviste, a sí mismo, de poderes de legislación, sin la mediación de otro poder público7, pudiendo, incluso, fijar contenciones al régimen jurídico ordinario y establecer restricciones a los derechos de los ciudadanos; no obstante, el ejercicio de esas prerrogativas va ligada indiscutiblemente a la plena observancia de los límites que el propio texto constitucional consagra, pues, en todo caso, debe cuidar no introducir

⁴ Ibídem.

⁵ Ibídem.

⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 5 de marzo de 2012, Rad. 11 001-03-15-000-2010-00 200-00 (CA) (cita original de la sentencia parcialmente transcrita).

⁷ Corte Constitucional, sentencia C-156 de 2011.

alteraciones al orden legal vigente y minimizar las limitaciones de los derechos durante su vigencia.

De ahí la necesidad del control de constitucionalidad de la declaración de los estados de excepción y de los decretos a través de los cuales el Ejecutivo ejerce el poder legislativo que de allí emana (control automático de constitucionalidad) que ejerce la Corte Constitucional (Const. Pol. Arts. 214 (numeral 6) y 215 (parágrafo)), y también el control jurisdiccional de las medidas de carácter general que se implementan, en ejercicio de función administrativa, como desarrollo de los decretos legislativos expedidos durante los estados de excepción (control inmediato de legalidad) el cual ejerce esta jurisdicción, según lo previsto por el artículo 20 de la ley estatutaria 137 de 1994, *"Por la cual se reglamentan los Estados de Excepción en Colombia"* (LEEE).

El artículo 20 de la citada ley 137 de 1994 dice:

"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".

El artículo 136 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo⁸ reproduce, en esencia, el precepto antes transcrito y añade que la competencia se ejercerá conforme a las reglas establecidas en dicho código.

A su turno, el artículo 151 (numeral 14) del mismo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo dispone que los Tribunales Administrativos conocerán, privativamente y en única instancia, del control inmediato de legalidad de *"... los actos de carácter general que sean proferidos*

⁸ **"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 ejercicio de la función administrativa durante los Estados de Excepción y como desarrollo de los decretos legislativos que fueren dictados por autoridades territoriales departamentales y municipales, cuya competencia corresponderá al tribunal del lugar donde se expidan", de modo que la ley estatutaria 137 de 1994 fija la competencia del Consejo de Estado para conocer de los controles inmediatos de legalidad respecto de las medidas de carácter general proferidas por las autoridades del orden nacional y la ley 1437 de 2011 la de los Tribunales Administrativos para conocer de los controles inmediatos de legalidad de las medidas adoptadas por las autoridades territoriales departamentales y municipales.

4. III.- Naturaleza, finalidad, alcance y características del control inmediato de legalidad.

El control inmediato de legalidad previsto en los artículos 20 de la ley estatutaria 137 y 1994 y 136 de la ley 1437 de 2011 es de naturaleza jurisdiccional y tiene como finalidad revisar que las medidas de carácter general que sean dictadas en ejercicio de función administrativa como desarrollo de los decretos legislativos durante los estados de excepción se ajusten al orden jurídico vigente.

Este medio de control constituye una limitación al poder de las autoridades administrativas y es medida eficaz para impedir la aplicación de normas ilegales⁹.

Dicho en otras palabras, constituye un dique a la arbitrariedad o a la ilegalidad que se puede generar a través de las medidas de carácter general que adopten los gobernantes bajo el ropaje de estar actuando en el marco del ordenamiento jurídico de los estados de excepción.

La jurisprudencia del Consejo de Estado¹⁰ ha definido el alcance y características del control inmediato de legalidad, así:

1.- Es un verdadero proceso judicial, porque el artículo 20 de la ley 137 de 1994 otorgó competencia a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para tramitar dicho mecanismo de revisión de las medidas de carácter general, expedidas por

⁹ Corte constitucional, sentencia C-179 de 1994.

¹⁰ Entre otras providencias, ver sentencias de la sala plena de lo contencioso administrativo de 28 de enero de 2003 (exp. 2002-0949-01), de 7 de octubre de 2003 (exp. 2003-0472-01), de 16 de junio de 2009 (exp. 2009-00305-00) y de 9 de diciembre de 2009 (exp. 2009-0732-00).

las autoridades públicas nacionales y territoriales; de ahí que la providencia que decida el control inmediato de legalidad es una sentencia judicial.

2.- Es automático e inmediato, porque tan pronto se expide la correspondiente medida de carácter general como desarrollo de los decretos legislativos durante los estados de excepción, la autoridad pública que la expidió debe remitirla a la jurisdicción contencioso administrativa dentro de las 48 horas siguientes, para que se ejerza el control correspondiente; de no hacerlo, la autoridad judicial competente debe asumir, de oficio, el conocimiento del asunto; por consiguiente, no es necesario que el acto se haya divulgado.

3.- Es autónomo, porque es posible que se controlen las medidas generales expedidas por las autoridades nacionales o territoriales como desarrollo de los decretos legislativos durante los estados de excepción antes de que la Corte Constitucional se pronuncie sobre la constitucionalidad del decreto que declara el estado de excepción o de los decretos legislativos que lo desarrollan.

4.- Es integral, por cuanto es un juicio en el que se examina la competencia de la autoridad que expidió la medida, la conexidad con los motivos que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción, la sujeción a las formas y la proporcionalidad de las medidas adoptadas para conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos. La misma jurisprudencia ha dicho que, aunque en principio podría pensarse que integral significa que se confronta con todo el ordenamiento jurídico, hay que tener en cuenta que, debido a la complejidad del ordenamiento jurídico, el control de legalidad queda circunscrito a las normas invocadas en la sentencia con la que culmina el procedimiento especial de control inmediato de legalidad.

5.- Asimismo, es compatible con el medio de control de nulidad simple que puede intentar cualquier persona para cuestionar los actos administrativos de carácter general, de modo que la medida o el acto administrativo proferido como desarrollo de los decretos legislativos durante los estados de excepción puede demandarse, posteriormente, a través de los medios de control ordinarios que contempla el ordenamiento jurídico (nulidad simple y nulidad por inconstitucionalidad, según el caso), siempre que se sustente en la violación de normas diferentes a las examinadas en el trámite del control inmediato de legalidad.

6.- Es un medio de control que materializan los principios que fundan la democracia participativa, en la medida en que los ciudadanos pueden intervenir defendiendo o impugnando la legalidad de las medidas objeto de control.

7.- La sentencia que decide el control inmediato de legalidad hace tránsito a cosa juzgada relativa, según lo dispuesto por el artículo 189 de la ley 1437 de 2011. Es de anotar que los fallos que declaran ajustados al ordenamiento jurídico los actos objeto de control o los que declaran nulidades parciales respecto de algunos de sus preceptos, aunque tienen efecto *erga omnes*, esto es, oponible a todos, sólo tienen fuerza de cosa juzgada relativa, es decir, sólo frente a los aspectos de legalidad analizados y decididos en la sentencia, de modo que la decisión adoptada en un fallo que mantenga la legalidad del acto objeto de control no es obstáculo para que en el futuro se produzca otro pronunciamiento que recaiga sobre reproches distintos que puedan edificarse sobre la misma norma.

5. IV.- Requisitos de procedencia del control inmediato de legalidad.-

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 20 de la ley estatutaria 137 de 1994 y 136 de la ley 1437 de 2011, antes transcritos, las medidas que están sometidas a este instrumento automático e inmediato de control son las que reúnen la totalidad de los siguientes requisitos:

a) Que sean de carácter general: es decir, que las medidas afecten o estén dirigidas a una pluralidad indeterminada de personas¹¹ con efectos *erga omnes*, de modo que, si la medida contiene supuestos normativos, éstos deben aparecer enunciados de manera objetiva y abstracta.

b) Que sean proferidas en ejercicio de función administrativa, es decir, que estén orientadas a cumplir los fines del Estado y que se enmarquen dentro del conjunto de acciones dirigidas a hacer factible la operación de la actividad estatal, lo que supone que, para que sea susceptible de este control judicial, la medida de carácter general debe materializar la actividad práctica desarrollada por el Estado para la inmediata consecución de sus fines, con exclusión, por supuesto, de las

¹¹ Corte Constitucional, sentencia C-620 de 2004.

actividades que materialmente supongan el ejercicio de funciones legislativas o judiciales¹².

En efecto, para definir el ejercicio de función administrativa es necesario delimitarla y distinguirla de las demás funciones que cumplen los órganos y organismos del Estado.

La función pública, como género, se define como el conjunto de actividades que ejercen las autoridades públicas en el ámbito de sus competencias constitucionales y legales para realizar los fines o cometidos estatales previstos en el artículo 2 de la Constitución Política¹³. La función pública comprende las actividades que realizan las distintas ramas del poder público: ejecutiva, legislativa y judicial y las que cumplen, además, los órganos autónomos e independientes, tal como lo dispone el artículo 113 de la ley superior.

En cambio, la función administrativa, como especie de la función pública, excluye la actividad sustancial de los órganos legislativo y judicial, pero no es acertado afirmar que la función administrativa sea el conjunto de funciones a cargo del poder ejecutivo, como a nivel doctrinario se afirmó en algunas épocas¹⁴, pues es bien sabido que todos los órganos de la jurisdicción y el legislativo ejercen función administrativa en algunas ocasiones, como cuando efectúan nombramientos, por ejemplo, y, en otras, los órganos ejecutivo y legislativo cumplen funciones

¹² Se ha entendido, de manera muy general, que la función legislativa comprende la creación de normas generales de conducta, imperativas para todos los habitantes y la función jurisdiccional como el poder público de administrar justicia.

¹³“Desde el punto de vista dinámico, el Estado se concibe como un grupo socio – político que debe cumplir una serie de tareas o cometidos para lograr su finalidad del bien común. Utilizando una metodología proveniente de la ontología o teoría de los objetos, la doctrina del derecho administrativo ha tratado de consolidar todas las actividades que desarrolla un Estado, cualquiera sea su orientación política o filosófica, en unas cuantas tareas que comprendan la universalidad de lo que en términos de posibilidad político- administrativa puede realizar todo grupo político que sea o pretenda ser identificado como Estado. Dichas actividades se sintetizan así: darse su organización fundamental, regular las relaciones con el mundo exterior (internacional), regular las relaciones de sus súbditos, regular lo relacionado con el patrimonio público, la prestación servicios públicos y el fomento a las actividades de los particulares. Estas tareas se asumen por toda organización estatal, cada una de ellas con mayor o menor intensidad, de acuerdo con las orientaciones socio políticas o la ideología de quienes políticamente asumen en un momento histórico su dirección. Ahora bien, para cumplir cada una de esas tareas el Estado debe agotar un procedimiento, que como todo procedimiento está integrado por etapas, cada una de las cuales constituye lo que se conoce como Función Pública.

“Así las cosas la función pública se identifica como cada una de las etapas del procedimiento que sigue el Estado para la realización de las diferentes tareas a su cargo, una de las cuales es la prestación de servicios públicos” (cfr. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 7 de septiembre de 2006, rad. 11001-03-06-000-2006-00034-00).

¹⁴ Cfr. Santamaría de Paredes: “Curso de Derecho Administrativo”, Madrid, 1903, p. 34

jurisdiccionales por autorización constitucional (incisos segundo y tercero del artículo 116 de la Constitución Política) y en los casos previstos por la ley, de modo que resulta impreciso definir la función administrativa a partir de un criterio orgánico, es decir, por el órgano que ejerce la función; pero, tampoco resulta preciso acudir a un criterio puramente material, según el cual se ha entendido la función administrativa como *“la actividad práctica que el Estado desarrolla para cuidar, de modo inmediato, los intereses públicos que asume en los fines propios”*¹⁵ o como *“la actividad concreta del Estado dirigida a la satisfacción de las necesidades colectivas, de manera directa e inmediata”*¹⁶, definiciones que si bien se acercan a lo que constituye el ejercicio de la función administrativa, se quedan cortas, porque limitan la extensión de su contenido, dejando por fuera algunos aspectos de importancia que hacen parte de esa función.

En esa medida, algunos doctrinantes, acudiendo a un criterio mixto (en parte orgánico y en parte material) definen la función administrativa como *“... toda la actividad que realizan los órganos administrativos, y la actividad que realizan los órganos legislativo y jurisdiccionales, excluidos respectivamente los actos y hechos materialmente legislativos y jurisdiccionales”*¹⁷. Dicho de otra forma, *“... es administración todo lo que no es, orgánica y materialmente a la vez, ni legislación ni jurisdicción”*¹⁸. Este concepto abarca la idea de que no todo lo que realiza el órgano ejecutivo es administración, sino sólo *“la actividad concreta, práctica, desarrollada por el Estado para la inmediata obtención de sus cometidos”*¹⁹.

En conclusión, las medidas de carácter general proferidas en ejercicio de función administrativa son aquellas que comprenden el ejercicio de la actividad práctica desarrollada por el Estado para la inmediata consecución de sus fines, con exclusión de aquellas actividades que materialmente suponen el ejercicio de funciones legislativas o judiciales, las cuales pueden ser proferidas por el ejecutivo o por cualquier otro órgano u organismo del Estado, en el ámbito de sus competencias, y serán susceptibles de este medio de control siempre que sean proferidas como desarrollo de uno o varios decretos legislativos durante los estados de excepción.

¹⁵ Zanolini, Guido: “Corso di Diritto Amministrativo”, t. I, Milán, 1958, 8ª ed.

¹⁶ D’Alessio, E.: “Istituzione di Diritto Amministrativo”, t. I, Turín, 1949, 4ª ed., p. 17.

¹⁷ Gordillo, Agustín: “Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas”, T. 8, Buenos Aires, 2013, 1ª ed., p. 98 y ss.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Ibidem*. Acudiendo a la definición hecha por Sayagués, Laso E., en: “Tratado de Derecho Administrativo”, t. I, p. 42 y ss.

c) Que sean proferidas como desarrollo de los decretos legislativos durante los **estados de excepción**, lo que significa que la medida debe concretar los enunciados generales y abstractos de los decretos legislativos o materializar la aplicación de los preceptos normativos en ellos contenidos o viabilizar su cumplimiento.

En efecto, para dilucidar a qué se refiere el legislador estatutario cuando ordena que serán objeto del control inmediato de legalidad las medidas proferidas "como desarrollo de los decretos legislativos" se debe acudir a las pautas de interpretación judicial.

Los artículos 27 a 32 del Código Civil recogen, en suma, algunos de los elementos de interpretación establecidos por Savigny²⁰: gramatical, lógico, histórico y sistemático.

Específicamente, el elemento gramatical de la interpretación tiene por objeto la palabra que constituye el medio para que el pensamiento del legislador se comunique con el destinatario, de modo que consiste en la exposición de las leyes lingüísticas aplicadas por el legislador.

Según el diccionario de la lengua española, la palabra "desarrollo" denota la "Acción o efecto de desarrollar o desarrollarse" y, a su turno, "desarrollar" significa, en su segunda expresión, **"Exponer con orden o amplitud una cuestión o un tema"** y, en su tercera acepción, **"Realizar o llevar a cabo algo"**, de modo que estas dos acepciones llevadas al contexto de la norma jurídica permiten válidamente afirmar que cuando el legislador dice "como desarrollo" significa que la medida de carácter general debe estar orientada a exponer con orden o amplitud el contenido de un decreto legislativo (cuestión o tema), lo que se acompasa, en su segunda acepción, con el significado de lo que técnicamente se conoce como reglamentar la ley, pues los decretos reglamentarios (o reglamentos como se conoce en otras latitudes)²¹ tienen como "*propósito precisar y detallar la ley para que de esta forma pueda ejecutarse adecuadamente*"²², es decir, hacer más

²⁰ Savigny, Friedrich Karl Von et al: "La ciencia del derecho", "Los fundamentos de la ciencia jurídica", Buenos Aires, 1949, p. 82 y ss.

²¹ Caso español y caso argentino en los cuales tienen una connotación distinta a la de acto administrativo.

²² Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 19 de septiembre de 2017, rad. 11001-03-06-000-2016-00220-00.

exhaustivo, detallado o pormenorizado el contenido normativo de la ley para lograr su debida ejecución.

La potestad reglamentaria ha sido definida por el Consejo de Estado²³ como:

“... la facultad constitucional que se atribuye ... al Gobierno Nacional, en cabeza del Presidente de la República, para expedir un conjunto de disposiciones jurídicas de carácter general y abstracto para la debida ejecución de la ley, a través de las cuales desarrolla las reglas y principios en ella fijados y la completa en aquellos detalles y pormenores necesarios que permiten su aplicación, pero que en ningún caso puede modificar, ampliar o restringir en cuanto a su contenido material o alcance” (subraya fuera del texto original).

Cuando el Gobierno Nacional, por conducto del Presidente de la República, expide un decreto reglamentario para desarrollar el contenido de un decreto legislativo lo hace en ejercicio de la facultad ordinaria contemplada en el artículo 189 (numeral 11) de la Constitución Política, de modo que no es un criterio adecuado para definir si la medida de carácter general se expide como desarrollo de un decreto legislativo el hecho que haya sido adoptada en ejercicio de una facultad ordinaria o extraordinaria.

Lo que determina que la medida de carácter general sea desarrollo de un decreto legislativo es su contenido material y no la facultad con la que fue expedida, pues el control recae sobre la medida y no sobre la facultad, de modo que si desarrolla uno más decretos legislativos se satisface este presupuesto, de lo contrario, no se puede entender satisfecho.

Pero, el desarrollo de los decretos legislativos no se agota únicamente a través de la expedición de decretos ordinarios o reglamentarios, pues si los decretos legislativos están concebidos para conjurar la crisis que justificó la declaratoria del estado de excepción e impedir la extensión de sus efectos, puede que otras autoridades públicas de distintos niveles y sectores (entidades del sector descentralizado territorialmente o por servicios) deban adoptar medidas de carácter general para materializar o concretar los contenidos normativos que persiguen tal finalidad, es decir, deben proferir “*medidas de ejecución*” tendientes a concretar las disposiciones con fuerza de ley que tienen como finalidad conjurar la crisis que se puede extender en el ámbito nacional y territorial y, en este caso, sí

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 18 de febrero de 2016, rad. 11001-03-24-000-2013-00018-00.

es necesario que el decreto legislativo faculte a la autoridad pública para que adopte la medida que desarrolla o “*permite llevar a cabo*” (tercera acepción de la palabra desarrollar) la ejecución de los preceptos normativos contenidos en el decreto legislativo.

La jurisprudencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en varios pronunciamientos ha entendido que desarrollar un decreto legislativo significa reglamentarlo o expedir actos tendientes a hacer más concretas sus disposiciones normativas.

En efecto, en sentencia de 5 de marzo de 2012²⁴, la Sala Plena precisó:

“El control inmediato de legalidad es el medio jurídico previsto en la Constitución Política para examinar los actos administrativos de carácter general que se expidan al amparo de los estados de excepción, esto es, actos administrativos que desarrollan o reglamentan un decreto legislativo” (subraya fuera del texto).

Y en reciente pronunciamiento, el Consejo de Estado en una de sus Salas Especiales de Decisión²⁵ sostuvo:

“... el Gobierno Nacional ... así como los órganos autónomos e independientes y, **las autoridades territoriales, podrán reglamentar y/o desarrollar**, en el **ámbito de sus jurisdicciones**, lo dispuesto en los «decretos legislativos» expedidos para conjurar el «estado de emergencia»; para lo cual, en uso de la tradicional facultad reglamentaria establecida en el artículo 189.11 de la Constitución, y de las competencias reguladoras de cada uno de estos órganos o entidades, podrán expedir los correspondientes actos administrativos generales ... para hacer aún más concreta las medidas provisionales o permanentes tendientes a superar las circunstancias que provocaron el estado de excepción²⁶” (negritas y subrayas fuera del texto original).

En ese sentido, para establecer si una medida de carácter general ha sido expedida como desarrollo de uno o varios decretos legislativos durante los estados de excepción y, por ende, si es susceptible del control inmediato de legalidad, el juez debe precisar cuál es el decreto legislativo o la disposición normativa contenida en el decreto legislativo que se desarrolla a través de esa medida, pues para habilitar la competencia tendiente a efectuar el control de legalidad no basta señalar que la medida está basada en un decreto legislativo o que está orientada, de forma general, a conjurar la crisis que motivó la declaratoria del

²⁴ Expediente 11 001-03-15-000-2010-00 369-00.

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Decisión Especial 10, sentencia de 11 de mayo de 2020, rad. 11 001-03-15-000-2020-00 944-00.

²⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 5 de marzo de 2012, Rad. 11 001-03-15-000-2010-00 200-00 (CA) (cita original de la sentencia parcialmente transcrita).

estado de emergencia económica social o ecológica, por cuanto la materia objeto de desarrollo de un decreto legislativo es la parte dispositiva o sustantiva - que es la que vincula con fuerza imperativa de ley- y no la explicativa, que simplemente contiene las razones que dieron lugar a su expedición; además, pueden existir muchas medidas de carácter administrativo tendientes a superar la contingencia que dio origen a la declaratoria del estado de excepción, pero no todas son desarrollo de los preceptos de un decreto legislativo.

Lo anterior significa que no es suficiente para justificar la asunción de competencia que el juez considere que la medida de carácter general expedida en ejercicio de función administrativa tiene como propósito "*conjurar la crisis*" o desarrollar los fundamentos que dieron lugar a declarar el estado de excepción. Resulta indispensable hacer un examen acerca de cuál es el precepto normativo contenido en el decreto legislativo que la medida de carácter general desarrolla, para establecer la unidad de materia entre ésta y aquél, porque, de lo contrario, el factor objetivo de competencia que determina la procedencia de este medio de control podría estar sujeto a criterios individuales del juez que no son admisibles, porque el marco de la competencia del juez está definido por la ley y las normas que la fijan hacen parte del orden público jurídico que, por ende, son indisponibles.

No obstante lo anterior, no es necesario que el acto administrativo o la medida adoptada como desarrollo de ese decreto legislativo mencione la facultad conferida por éste, pues ello daría lugar a que si la autoridad pública omite en la motivación de derecho o en la parte atinente al sustento normativo de la medida la invocación del decreto o los decretos legislativos cuyo contenido desarrolla, se entendiera excluido del control inmediato de legalidad; o viceversa, esto es, que la medida o el acto administrativo mencione uno de los decretos legislativos proferidos con ocasión del estado de excepción pero que la materia indudablemente no sea desarrollo de un precepto contenido en un decreto legislativo, lo cual haría el control improcedente.

En suma, cuando la norma dice que la medida sea expedida "*como desarrollo*" de un decreto legislativo significa que la medida reglamente o concrete el contenido dispositivo o sustantivo del decreto legislativo para lograr su debida ejecución.

Los actos administrativos o las medidas de carácter general que no satisfagan la totalidad de los requisitos que se han explicado no son susceptibles del control

inmediato de legalidad previsto en los artículos 20 de la ley 136 de 1994 y 136 de la ley 1437 de 2011, pero podrán ser contralado, como se dijo anteriormente, a través de los medios de nulidad simple o nulidad por inconstitucionalidad, según el caso y conforme a las normas de competencia previstas en el ordenamiento jurídico.

6. V.- Estudio de procedencia en el asunto bajo estudio.

Los dos primeros requisitos de procedencia que contemplan los artículos 20 de la ley 137 de 1994 y 136 de la ley 1437 de 2011, es decir, que la medida sea de carácter general y que sea dictada en ejercicio de función administrativa se encuentran satisfechos.

En efecto, de la lectura del decreto municipal 37, de 19 de marzo de 2020, se deduce que tiene efectos erga omnes, sus disposiciones normativas están concebidas de manera general, impersonal y abstracta y no están dirigidas a unas personas determinadas, a pesar de que puedan ser determinables; además, fue dictada en ejercicio de función administrativa, por cuanto fue proferida por el alcalde de un municipio, en su condición de autoridad pública y con el propósito de hacer factible la operación de la actividad estatal o garantizar los fines inmediatos del Estado dentro del ámbito de su comprensión territorial, sin que materialmente entrañe el ejercicio de función legislativa o judicial.

Ahora, con relación al tercero de los requisitos, esto es, que el decreto sea proferido como desarrollo de los decretos legislativos durante los estados de excepción, para el despacho dicho requisito no se cumple, pues el decreto municipal 37, de 19 de marzo de 2020, no desarrolla uno o varios decretos legislativos proferidos durante los estados de excepción, dentro de la noción antes destacada.

En efecto, si bien de los antecedentes administrativos y de las consideraciones expuestas para proferir el decreto se deduce que la medida de carácter general fue proferida para hacer frente a la situación de emergencia causada por la pandemia del COVID 19, las medidas adoptadas no desarrollan el contenido de los decretos legislativos que han sido proferidos por el Gobierno Nacional en el marco del estado de excepción declarado a través del decreto 417 de 2020, sino que se han proferido con base en la emergencia sanitaria declarada en todo el territorio nacional.

Al respecto, es necesario anotar que una cosa es la emergencia sanitaria y otra la declaración de estado de emergencia económica, social y ecológica declaradas por causa de la pandemia producida por el COVID 19; en relación con la emergencia sanitaria, la misma fue declarada por el Ministerio de Salud y de la Protección Social a través de la resolución 385, de 12 de marzo de 2020, como una medida administrativa mediante la que se acatan recomendaciones de organismos internacionales y se adoptan decisiones en el territorio nacional de carácter general, con la finalidad de contener la pandemia producida por el COVID 19 y evitar la propagación de la misma, es decir, se trata de la adopción de todas aquellas medidas sanitarias tendientes a mitigar y contener la expansión de la pandemia, por ejemplo, el aislamiento preventivo, el cierre de establecimientos comerciales, la restricción en la circulación de vehículos, entre otras medidas.

Por su parte, el decreto legislativo que declara el estado de emergencia económica, social y ecológica, esto es, el decreto 417, de 17 de marzo de 2020, tal como se dijo en acápites anteriores, tiene como finalidad habilitar al Presidente de la República para proferir normas con fuerza de ley, que se denominan decretos legislativos, tendientes a modificar el ordenamiento jurídico o a crear nuevas disposiciones de carácter legal, para efectos de contener la situación que ameritó declarar ese estado de excepción, por ejemplo, la creación de impuestos, la modificación de tributos, la modificación de leyes, entre otras.

Precisado lo anterior, se destaca que cuando el acto administrativo expedido por el gobernador o alcalde municipal adopte e implemente medidas de salubridad tendientes a evitar la propagación de la pandemia, dicha decisión no es susceptible de estudio, desde la óptica del control inmediato de legalidad, pues se insiste, solo serán objeto de este control, aquellas medidas que desarrollen las disposiciones sustantivas contenidas en los decretos legislativos, es decir, aquellas a través de las cuales se materialice en los entes territoriales, los contenidos abstractos de los decretos legislativos adoptados por el Presidente de la República.

En este caso, mediante el decreto municipal 37, de 19 de marzo de 2020, expedido por el alcalde municipal de Buriticá (Antioquia), se adoptaron las medidas impartidas en el decreto nacional 420, de 18 de marzo de 2020, expedido por el Presidente de la República, con relación a las instrucciones en materia de orden público, en el marco de la emergencia sanitaria por causa del covid-19, desde las 6 de la tarde del 19 de marzo hasta las 6 de la mañana del 30 de mayo de 2020, por lo cual dispuso la prohibición del consumo de bebidas embriagantes, reuniones

o aglomeraciones, toque de queda de 24 horas para los menores de 18 años, aclaró y precisó las medidas tomadas en el decreto municipal 35, de 18 de marzo de 2020 (circulación de transporte terrestre, suspensión de las actividades comerciales en establecimientos comerciales a excepción de proveedores de productos de primera necesidad, cierre al público de establecimientos y locales gastronómicos, autorización de prestación de los servicios de vigilancia y seguridad privada), adoptó la cuarentena por la vida en toda la jurisdicción del municipio de Buriticá, desde de las 7:00 de la noche del viernes 20 de marzo de 2020 hasta las 3:00 de la mañana del martes 24 de marzo del mismo año, se estableció las excepciones de las medidas y estableció medidas correctivas a imponer a quienes incumplan las restricciones adoptadas.

Vistos los antecedentes del acto, se desprende que el decreto municipal 37, de 19 de marzo de 2020, es proferido por el alcalde municipal como primera autoridad civil y de policía y como agente del Presidente de la República en el manejo del orden público en su circunscripción territorial, pues en la parte considerativa se dijo que fue expedido en desarrollo de los artículos 198 y 199 de la ley 1801 de 2016, el artículo 91 de la ley 136 de 1994, modificado por el artículo 29 de la ley 1551 y el decreto nacional 418 de 2020, siendo esta la normativa que fue citada y que sustenta el acto administrativo remitido para el control inmediato de legalidad y que evidencia el uso de facultades ordinarias y no excepcionales, como acontecería, para este último evento, en el caso de recurrir a las atribuciones establecidas en los decretos legislativos proferidos por motivo de la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica.

Ahora, si bien en las consideraciones del decreto municipal 37, de 19 de marzo de 2020 se hizo alusión a los decretos nacionales 418 y 420, de 18 de marzo de 2020, estos no tienen la categoría de decretos legislativos, por lo menos no desde el punto de vista formal pues el primero de ellos fue expedido "... en ejercicio de las facultades constitucionales y legales y en especial las que le confiere el numeral 4 del artículo 189, el artículo 315 de la Constitución Política de Colombia y el artículo 199 de la ley 1801 de 2016 ..." y, el segundo, es decir, el decreto 420, de 18 de marzo de 2020, "Por el cual se imparten instrucciones para expedir normas en materia de orden público en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia COVID-19", fue expedido "... en ejercicio de las facultades constitucionales y legales en especial las que le confiere el numeral 4 del artículo 199 de la ley 1801 de 2016, en concordancia con el decreto 418 de 2020"; además, los decretos en cita no cumplen con el requisito establecido en el artículo 215 de la Constitución

Política²⁷ para los decretos legislativos, pues no fueron firmados por todos los ministros de despacho, pues, mientras el decreto 418 fue firmado por solo dos ministros (Ministra del Interior y Ministro de Defensa), el decreto 429 fue firmado por seis ministros (Ministra del Interior, Ministro de Defensa, Ministra de Transporte, Ministro de Comercio, Industria y Comercio, Ministro de Salud y Protección Social y la Ministra de Educación), de los 18 ministros que conforman el gabinete.

Con fundamento en lo anterior, el decreto municipal precitado no desarrollan un o varios decretos legislativos proferidos en el marco del estado de excepción, lo que deriva en la ausencia de uno de uno de los presupuestos del artículo 20 de ley 137 de 1994 y del artículo 136 de la ley 1437 de 2011, esto es, ser proferido *"como desarrollo de los decretos legislativos durante los estados de excepción"*, motivo por el cual no es procedente controlarlos a través de este instrumento excepcional.

No obstante, el aludido decreto municipal puede ser objeto de estudio a través de los medios de control de nulidad simple o revisión de legalidad prevista en los artículos 305 (numeral 10) de la Constitución Política, 118 del decreto 1333 de 1986 y 82 de la ley 136 de 1994.

En consecuencia, se dejará sin efectos el auto dictado por este despacho el 13 de abril de 2020, a través del cual se resolvió **avocar** el conocimiento del asunto, para efectos de controlar la legalidad del decreto municipal 37, de 19 de marzo de 2020 *"Por medio del cual se adoptan unas medidas establecidas por la gobernación de Antioquia y el gobierno nacional mediante decreto 420 del 18 de marzo de 2020"*, proferido por el alcalde del municipio de Buriticá (Antioquia) y, en su lugar, se **abstendrá** de avocar el conocimiento por las razones expuestas en la parte motiva.

Es de anotar que la tesis que el suscrito magistrado ha defendido en la Sala Plena de este Tribunal, en torno a las generalidades y requisitos que hacen procedente el control inmediato de legalidad, es la que se halla consignada a lo largo de esta providencia; no obstante, en ciertos casos avocó el conocimiento de los asuntos invocando el principio constitucional de la tutela judicial efectiva, no con la intención de ampliar el objeto del control inmediato de legalidad, como lo ha afirmado equivocadamente el representante del Ministerio Público aduciendo que

²⁷ **Artículo 215.** Cuando sobrevengan hechos distintos de los previstos en los artículos 212 y 213 que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, declarar el Estado de Emergencia por períodos hasta de treinta días en cada caso, que sumados no podrán exceder de noventa días en el año calendario ...

se adoptó una “*tesis amplia*” que, por cierto, no se ha mencionado en esos términos en las providencias de este despacho, sino con el ánimo darle eficacia y viabilizar este instrumento en aquellos asuntos donde existiera duda o existieran aspectos que no pudieran “*analizarse prima facie al momento de decidir la admisibilidad del medio de control*”, tal como quedó consignado de forma precisa y sin lugar a la duda en dichos pronunciamientos.

Lo anterior, estimó este magistrado, era lo más prudente, no solo para darse la oportunidad de contar con mayores elementos de juicio (antecedentes administrativos, pronunciamiento de las autoridades que adoptaron las medidas, intervención de la ciudadanía, concepto del Ministerio Público, etc.) que permitieran mejor proveer sobre la procedencia o no del control inmediato de legalidad, sino para discutir previamente en la Sala Plena del Tribunal el entendimiento de cada uno de esos elementos de procedencia que traen los artículos 20 de la ley 137 de 1994 y 136 del CPACA para ir decantando líneas jurisprudenciales y así evitar, en la medida de lo posible, que pudieran darse distintas interpretaciones en cuanto a su contenido y actuaciones aisladas y potencialmente contradictorias entre los distintos despachos del Tribunal, que no son deseables de los cuerpos colegiados que administran justicia, porque pueden generar inseguridad jurídica en temas tan sensibles y complejos de dilucidar.

Asimismo, era prudente permitir la unificación de criterios entre los magistrados del Tribunal respecto del remedio procesal para decidir la competencia interna²⁸ de aquellos casos en los que, a pesar de ser improcedente el medio de control, se había avocado el conocimiento de los asuntos.

²⁸ Al respecto hay que precisar que las competencias del juez están definidas por el legislador, y las normas que las consagran hacen parte del orden público jurídico, de modo que no pueden ser modificadas por el juez ni por los demás sujetos procesales. En este caso, es totalmente equivocado hablar de una falta de competencia para conocer del control inmediato de legalidad cuando el acto administrativo o la medida adoptada por la autoridad pública carece de alguno de los elementos contemplados en los artículos 20 de la ley 137 de 1994 y 136 de la ley 1437 de 2011. En estricto sentido, en esos casos se presenta una improcedencia del medio de control por la naturaleza del acto jurídico, pero no una falta de competencia. La competencia, en estos casos, está determinada por los factores objetivo, funcional y territorial. En virtud del factor objetivo, la competencia para conocer del medio de control inmediato de legalidad está radicada en la jurisdicción de lo contencioso administrativo (Consejo de Estado y Tribunales Administrativos), por el factor funcional conocen de este medio de control, en única instancia, los Tribunales Administrativos, cuando se traten de medidas adoptadas por autoridades del orden territorial, y del Consejo de Estado, cuando se trate de autoridades del orden nacional y por el factor territorial conocerá el Tribunal Administrativo del lugar donde se profiera la medida (artículo 20 de la ley 137 de 1994 y 136 y 151 (numeral 14) de la ley 1437 de 2011 . Lo anterior, sin perjuicio de las competencias funcionales internas, según las cuales, es competencia del ponente la sustanciación del proceso y de la Sala Plena del Tribunal el fallo que decida de fondo el control inmediato de legalidad (artículo 185 (numeral 1) de la ley 1437 de 2011. Si el Tribunal careciera de competencia sencillamente no podría avocar o abstenerse de avocar.

Es así que en la sesión de Sala Plena virtual celebrada el 28 de mayo de 2020 se decidió, por amplia mayoría, que materias como las que contempla el acto administrativo enviado a este tribunal para los efectos previstos por los artículos 20 de la ley 137 de 1994 y 136 de la ley 1437 no eran materia de control inmediato de legalidad, porque no desarrollaban uno o varios decretos legislativos, dentro de la noción expuesta párrafos atrás, y también decidió que, en tales casos, el ponente debía adoptar las medidas para sanear los vicios que se presentaran a efectos de evitar sentencias inhibitorias, tal como lo contemplan los artículos 207 de la ley 1437 de 2011²⁹ y 42 (numeral 5) del C.G.P.³⁰ y, en estos casos, no hay otro remedio que dejar sin efectos todas las actuaciones surtidas en el trámite procesal, porque la Sala Plena se halla imposibilitada para efectuar el control inmediato de legalidad respecto de una medida que no cumple todos los requisitos contemplados por ordenamiento jurídico para que sea materia de control sustancial y una providencia ilegal no ata al juez³¹.

El Consejo de Estado se ha pronunciado a este respecto en los siguientes términos:

“Esta Sección ha señalado que es deber del juez revocar o modificar las providencias y legales, aún después de estar en firmes pues tales providencias no atan al juez para proceder a resolver la contienda conforme lo señala el orden jurídico”.

En el mismo sentido, la Corte Constitucional ha dicho que a pesar de que las providencias se encuentren ejecutorias el juez puede corregir en cualquier tiempo las decisiones adoptadas en autos ilegales en ejercicio de la facultad de dirección del proceso³² y la Corte Suprema de Justicia, por su parte, ha señalado que “... los autos ilegales no atan al Juez ni a las partes para continuar el yerro o edificar en el error decisiones posteriores y, por consiguiente, por ser decisiones que pugnan con el ordenamiento jurídico, no se constituyen ley del proceso, ni hace tránsito a cosa juzgada”³³.

²⁹ “**ARTÍCULO 207. CONTROL DE LEGALIDAD.** Agotada cada etapa del proceso, el juez ejercerá el control de legalidad para sanear los vicios que acarreen nulidades, los cuales, salvo que se trate de hechos nuevos, no se podrán alegar en las etapas siguientes”.

³⁰ 28 “**ARTÍCULO 42. DEBERES DEL JUEZ.** Son deberes del juez:

...

“5. Adoptar las medidas autorizadas en este código para sanear los vicios de procedimiento o precaverlos, integrar el litisconsorcio necesario e interpretar la demanda de manera que permita decidir el fondo del asunto. Esta interpretación debe respetar el derecho de contradicción y el principio de congruencia”.

³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, auto de 24 de septiembre de 2008, exp. 16.992.

³² Corte constitucional, sentencia T-429 de 19 de mayo de 2011.

³³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, auto 99 de 25 de agosto de 1988.

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA, SALA UNITARIA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.- DEJÁSE sin efecto el auto de 13 de abril de 2020, a través del cual se resolvió avocar el conocimiento del asunto, para efectos de controlar la legalidad del decreto municipal 37, de 19 de abril de 2020, *"Por medio del cual se adoptan unas medidas establecidas por la gobernación de Antioquia y el Gobierno Nacional mediante decreto 420 del 18 de marzo de 2020"*, proferido por el alcalde de Buriticá (Antioquia) y, en su lugar, **ABSTIÉNESE** de avocar el conocimiento del asunto de la referencia, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- NOTIFÍQUESE esta decisión al alcalde de Buriticá (Antioquia) y al agente del Ministerio Público, a través de los medios virtuales disponibles en la Secretaría del Tribunal, en los términos de los artículos 186 y 197 del CPACA.

TERCERO.- PUBLÍQUESE el contenido de esta decisión en la página web de este Tribunal, en la página web de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y en la página web www.ramajudicial.gov.co en el link "Medidas COVID19".

CUARTO.- ORDÉNASE al alcalde del municipio de Buriticá (Antioquia) que publique copia de la presente providencia en la página web de ese municipio.

QUINTO.- Una vez ejecutoriada esta providencia archívese el expediente, previas las constancias de rigor en el sistema de gestión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,


DANIEL MONTERO BETANCUR

Nota: Para verificar la autenticidad de esta providencia, consulte el hipervínculo <https://www.ramajudicial.gov.co/web/secretaria-tribunal-administrativo-de-antioquia/237>, ingresando a la información consignada en los estados del 5 de junio de 2020.

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA

EN ANOTACIÓN POR ESTADOS DE HOY

Cinco (5) de junio de dos mil veinte (2020)

FUE NOTIFICADO EL AUTO ANTERIOR


SECRETARÍA GENERAL