

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA



SALA PRIMERA DE ORALIDAD
MAGISTRADO PONENTE: ÁLVARO CRUZ RIAÑO

Medellín, ocho (08) de junio de dos mil veinte (2020)

MEDIO DE CONTROL	CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD
AUTORIDAD QUE EXPIDE EL ACTO	MUNICIPIO DE SANTO DOMINGO, ANTIOQUIA.
NORMA OBJETO DE REVISIÓN	DECRETO No. 046 del 24 de marzo de 2020 “Por medio del cual se declara la calamidad pública por el COVID – 19 en el municipio de Santo Domingo, Antioquia”
RADICADO	05001 23 33 000 2020 00770 00
INSTANCIA	ÚNICA
ASUNTO	DEJA SIN EFECTOS AUTO QUE AVOCÓ CONOCIMIENTO DEL CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD.

Encontrándose el proceso de la referencia a Despacho para 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. -

1.1.- Sobre la medida objeto de control.

A través de correo electrónico, el municipio de Heliconia, Antioquia remitió a la Secretaría de esta Corporación copia auténtica del Decreto No. 039 del 21 de marzo de 2020, para efectos del Control Inmediato de Legalidad de conformidad con el art. 136 del CPACA y 20 de la ley 137 de 1994.

1.2.- Trámite del medio de control.

Este Despacho, mediante auto del 26 de marzo de 2020 el Magistrado sustanciador avocó conocimiento del asunto y se le dio el trámite correspondiente, dentro del cual cabe destacar la intervención de la Señora Agente el Ministerio Público.

En concepto de la Agente del Ministerio Público el Tribunal Administrativo de Antioquia no tiene competencia para abordar su control, a través del control inmediato de legalidad. Esto, en atención a que el indicado acto administrativo no es el resultado o desarrollo de los decretos legislativos proferidos por el Gobierno Nacional, durante el Estado de Excepción de Emergencia Económica, Social y Ecológica (declarado por el Gobierno Nacional, mediante el Decreto Legislativo 417 de fecha 17 de marzo de 2020) y, en consecuencia, no se configura el factor de competencia objetivo, a la luz de lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 137 de 1994, en armonía con los artículos 136 y 151 (numeral 14) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Consideró entonces que, en el momento procesal, la decisión que en derecho le corresponde adoptar al Tribunal Administrativo de Antioquia es abstenerse de emitir un pronunciamiento de fondo y; en su lugar, dejar sin efectos el auto de fecha 26 de marzo de 2020, por el cual se avocó el conocimiento de este asunto.

Señaló entre sus consideraciones, que aunque es claro que para la expedición del acto administrativo analizado, se invocan algunos decretos del orden nacional, como los Decretos 418 de 2020 y 457 de 2020, estos no pertenecen a la categoría de Decretos Legislativos, en la medida en que no fueron expedidos por el Presidente de la República en ejercicio de las atribuciones legislativas de que quedó revestido por la declaratoria del Estado de Excepción de Emergencia Económica, Social y Ecológica; y aunque se menciona el Decreto No. 417 del 17 de marzo de 2020, es claro que este es el acto declaratorio del estado de emergencia y no es susceptible de desarrollo directo por parte de las autoridades territoriales.

Consideró además que la decisión de declarar la calamidad pública en el municipio de Santo Domingo, en el marco de la emergencia sanitaria por causa del COVID – 19, no puede considerarse como desarrollo del indicado decreto legislativo, pues tal decisión se cimentó en las facultades ordinarias que le confiere específicamente la Ley 1523 de 2012 “Por la cual se adopta la política nacional de gestión del riesgo de desastres y se establece el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres y se dictan otras disposiciones”, en virtud de la cual los alcaldes y gobernadores están investidos con las competencias necesarias para conservar la seguridad, la tranquilidad y la salubridad en el ámbito de su jurisdicción.

Concluyó que el acto objeto de análisis, aunque es un acto administrativo de carácter general, expedido durante el estado de excepción, no fue dictado como desarrollo de los decretos legislativos del estado de excepción y, por tanto, no puede asumirse su control judicial por vía del control inmediato de legalidad, pues este se encuentra reservado –por disposición legal– para las medidas de carácter general, que sean dictadas como desarrollo de los decretos legislativos durante los estados de excepción.

1.3. Falta de Competencia del Tribunal. Después de surtido el trámite ordenado por el art. 185 del CPACA, se presentó proyecto ante la Sala Plena, el cual no fue acogido, a pesar de que, en el proyecto se sustentó que el Tribunal si tenía competencia, y que el decreto municipal era válido; como sustento de lo primero, en el proyecto, se dijo:

“3.3.- Tesis interpretativa del artículo 136 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y del artículo 20 de la Ley 137 de 1994: Objeto del Control Inmediato de Legalidad o del factor de competencia según la naturaleza del asunto.

“3.1.3.1.- Introducción. Sobre la competencia para ejercer el control inmediato de legalidad, los artículos 136 del C.P.A.C.A., y 20 de la Ley 137 de 1994, establecen que recae en el Consejo de Estado y en los Tribunales Administrativos.

El factor territorial, se relaciona con que la competencia se determina por el lugar donde se expidan los actos administrativos *-factor territorial-* y por la autoridad que los expide *-factor subjetivo-*, es decir, si ésta es del orden nacional o territorial. De manera que, corresponde al Consejo de Estado si quien los expide es una autoridad nacional, y a los Tribunales si se trata de una autoridad territorial.

En materia de factores de competencia queda por dilucidar el *-factor objetivo-*, que necesariamente es el de la naturaleza del asunto, para lo cual, el art. 136 del C.P.A.C.A., consagra unos

presupuestos, como que se trate de medidas de carácter general, en ejercicio de la función administrativa y que desarrollen decretos legislativos.

Del último requisito quedan claros varios aspectos: i) que el legislador quiso restringir la competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo con respecto al asunto o medidas objeto de control por el control inmediato de legalidad, ii) la jurisdicción de lo contencioso administrativo *no conoce* de todos los actos administrativos de carácter general que se expidan en vigencia de los estados de emergencia, iii) la jurisdicción de lo contencioso administrativo solo conocerá de algunos actos administrativos de carácter general que se expidan en vigencia de los estados de emergencia, iv) al existir en el ordenamiento jurídico un medio ordinario para controlar los actos administrativos de carácter general, podemos decir que el control inmediato de legalidad *es un medio especial y excepcional*.

Del último rasgo enunciado en el párrafo anterior, diremos que se trata de un medio de control *especial*, ya que solo recae sobre ciertos actos administrativos de carácter general y *excepcional*, porque solo se activa este control, cuando se declara el estado de emergencia o como los denomina la misma Constitución, estados de excepción; es por ello que toda la regulación legal del control inmediato de legalidad y la interpretación que se elabore para determinar la competencia por el factor naturaleza del asunto o el objeto de este, debe nutrirse de la regulación constitucional, los precedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional, de las características especiales de este estado de excepción y de las medidas que se adopten. Lo que no es más que aplicación del método de interpretación sistemático a través de norma constitucional.

“3.1.3.2.- Interpretación sistemática a través de norma constitucional, del art. 136 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Con respecto a la regulación constitucional de 1.991 del estado de excepción, hay que decir que la misma surge con dos finalidades básicas: i) regular su carácter temporal, es decir que los estados de excepción sólo pueden decretarse por 30 días, que sumados, no pueden pasar de 90 días calendario en el año ii) regular el contenido de las medidas, aspecto que es de suma importancia, porque se ocupa de que las medidas que se vayan a adoptar en vigencia de dichos estados, no suspendan derechos fundamentales ni afecten su núcleo esencial.

En desarrollo de este aspecto, debe recordarse que las medidas que se adopten en estados de excepción **deben ser de carácter extraordinario o excepcional**, toda vez que las ordinarias son insuficientes para superar la crisis o evitar su propagación. Así, si las medidas ordinarias fueran suficientes, no sería válido, ni legítimo declarar el estado de excepción.

En otras palabras, desde el punto de vista de las facultades o potestades, los estados de excepción se caracterizan porque facultan a las autoridades para adoptar medidas extraordinarias, **en relación con restricción de las libertades y derechos ciudadanos**. Lo anterior, nos lo demuestran los siguientes apartes jurisprudenciales y doctrinales:

i) Sentencia C – 122 de 1997: Para empezar, tenemos que la Corte Constitucional¹, al pronunciarse sobre la constitucionalidad del Decreto 80 del 13 de enero de 1997, “por el cual se declara el estado de emergencia económica y social”, sostuvo:

“La declaratoria de los estados de excepción, como en anteriores oportunidades lo ha señalado la Corte, implica “(...) la temporal asunción de la función legislativa por parte del Gobierno y el virtual poder que de ello se sigue para restringir las libertades y garantías constitucionales (...)”, es decir, que se erige como un instrumento que reduce el ámbito de la democracia y las libertades”, en un modelo de organización jurídico-política en el cual los órganos del Estado y las autoridades competentes,

¹ C. Const., Sent. C-122, mar. 12/1997. M.P. Antonio Barrera Carbonell y Eduardo Cifuentes Muñoz.

“(…) tienen el deber primario de gobernar dentro de la normalidad y con las herramientas a su disposición”.

“Se trata pues de un mecanismo diseñado para conjurar situaciones extremas, **que como tales son imposibles de controlar utilizando los instrumentos de que disponen los poderes públicos en condiciones de normalidad**, limitado de manera precisa por el constituyente, con miras a evitar “(…) que se convierta en fuente ilegítima del desbordamiento del poder ejecutivo y en causa de su descrédito y trivialización”. (negritas fuera de texto).

ii) Doctrinante Diego Younes Moreno: La doctrina también ha hecho sus aportes a este debate, por lo que la Sala tendrá en cuenta lo que autores como Diego Younes Moreno han expuesto sobre la materia:

“Según la jurisprudencia las facultades que se atribuyen al Gobierno solo pueden ser utilizadas **cuando existan hechos perturbadores que hagan imposible su control por medio de los mecanismos ordinarios con que cuenta el Estado** (...) frente a situaciones graves e inminentes que pongan en peligro la estabilidad institucional, (...) o la grave calamidad pública, **las cuales no pueden ser controladas mediante las medidas que consagra la Constitución y la ley para períodos de normalidad, o éstas resultan ciertamente insuficientes.**”²
(Negrillas nuestras)

iii) Doctrinante y Exmagistrado de la Corte Constitucional Humberto Sierra Porto: Por su parte, en el texto, *Concepto y tipos de ley en la Constitución Colombiana*, el doctrinante y ex magistrado de la Corte Constitucional sostuvo:

“(…) **La situación de crisis existe porque el Estado no puede superarla con los mecanismos legales ordinarios**, porque impide el ejercicio de derechos considerados como fundamentales, o porque no permite el normal funcionamiento de las institucionesSe parte, por lo tanto, de una mengua o de una imposibilidad de ejercicio de derechos fundamentales **que al no poder ser solucionada por los cauces ordinarios debe acudir a cauces extraordinarios**: prevalece el principio *salus publica suprema lex est*. (...)”

La existencia de estados excepcionales tiene su razón de ser cuando **el respeto a las normas constitucionales referidas a algunos derechos** (como la libertad personal, la inviolabilidad del domicilio, la libertad de circulación y residencia, la libertad de expresión [...]) **impide que el Estado pueda actuar con eficacia para solucionar la alteración del orden público** o la superación de una situación catastrófica. Esto es, el derecho de excepción soluciona una encrucijada, que consiste en que no puede aplicarse plenamente la Constitución, en que los ciudadanos no gozan de los derechos previstos en la misma, **porque existe una situación de anormalidad que no puede ser superada por las garantías vigentes en la propia Constitución.** (...).

La actuación que facilita el estado de excepción debe ser, en principio, más restrictiva que la situación habitual, pues si ya de ordinario la ley contiene previsiones de todo tipo, incluso normas que en determinadas hipótesis restringen el goce de los derechos y dejan a salvo únicamente el núcleo irreductible en que consiste el contenido esencial de los derechos fundamentales, la actuación normativa en los estados de excepción suspende la vigencia de determinados

² Younes Moreno, Diego. *Derecho constitucional colombiano*. Octava edición. Bogotá: Editorial Ibañez, 2006, p. 405.

derechos constitucionales **que, aún en mínima vigencia, es causa de ineficacia de la actividad del Estado.**

“Dicho de otra forma, las medidas tomadas mediante decretos legislativos sólo se diferenciarían de la legislación en tiempos de normalidad por cierto grado de restricción, y bien podrían ser adoptadas por el Congreso como legislación ordinaria (...)”³ (Negrillas nuestras).

De lo anterior se puede concluir lo siguiente:

- i) Las medidas que se adoptan en los decretos legislativos y por las autoridades administrativas, tienen un carácter más restrictivo de los derechos, garantías y libertades, que las medidas ordinarias de los estados de normalidad.
- ii) Solo haciendo uso de estas medidas extraordinarias, más restrictivas, es que se puede superar el estado de anormalidad o se evita su propagación.
- iii) Las medidas que se adoptan en los estados de excepción son extraordinarias por cuanto limitan o restringen los derechos y garantías, en forma más intensa o adicional que las medidas ordinarias en estado de normalidad.
- iv) Lo extraordinario, lo excepcional, es consustancial a los estados de excepción y a algunas medidas, que necesariamente, hay que adoptar en el estado de excepción por los diferentes poderes legislativos y administrativos extraordinarios.
- v) Con lo anterior no se quiere decir que durante los estados de excepción no se puedan adoptar, también, medidas ordinarias, encaminadas a coadyuvar a solucionar el estado de excepción, pero las mismas son insuficientes.
- vi) Lo que caracteriza el estado de excepción y las medidas que en él se adopten es lo extraordinario y excepcional, este es su sello de distinción, su marca, está en sus genes.

Todo ello nos debe llevar a concluir que **las medidas que deben ser objeto del control inmediato de legalidad por la jurisdicción contencioso administrativa, por el factor objetivo -naturaleza del asunto- son aquellas de carácter general extraordinarias**, por cuanto implican una mayor restricción a las libertades, derechos y garantías que las que se generan con las medidas ordinarias en estado de normalidad, y que se expidan en ejercicio de atribuciones o facultades derivadas de los decretos legislativos, o que se activen con la declaración del estado de excepción, así estén en la legislación ordinaria.

Lo anterior, porque solo de estas, se puede predicar que desarrollan, en estricto sentido, los decretos legislativos, independientemente que la autoridad administrativa, al expedir la medida, cite o no en sus fundamentos dicha normatividad excepcional. Por exclusión, no serán objeto de este control, especial, extraordinario e inmediato aquellas medidas ordinarias, que restringen en forma leve o moderada los derechos y libertades, expedidas al amparo del ejercicio de facultades consagradas en normas ordinarias, diferentes a la legislación excepcional.

Ahora bien, con respecto a los demás medios de control y su uso durante los estados de excepción, inferimos que se puede hacer uso de los medios de control ordinarios, como la nulidad simple, y con relación a las medidas extraordinarias, el medio de control inmediato de legalidad. Lo que conlleva una interpretación sistemática, a través de norma y precedente constitucional, del art. 136 del C.P.A.C.A., en lo relacionado con el objeto del control inmediato de legalidad.

³ Sierra Porto, Humberto. *Concepto y tipos de ley en la Constitución Colombiana*. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 363-365.

“3.1.3.3.- Zonas y medidas que son objeto de control inmediato de legalidad y las que son por los medios ordinarios de control. Factor de competencia por la naturaleza del asunto para el Control Inmediato de Legalidad.

Para un mejor entendimiento de lo dicho, en los siguientes esquemas se podrán apreciar las zonas en las que operan los diferentes medios de control, dependiendo de la mayor o menor restricción a los derechos y garantías de los ciudadanos:

- a) **Zona utópica de total libertad**, ausencia total de medidas restrictivas o limitativas, como su nombre lo indica, es inexistente.
- b) **Zona de estado de normalidad con restricción leve o moderada** de los derechos y garantías por medio de medidas ordinarias consagradas en la legislación ordinaria, es un espectro amplio, y propio para que operen los controles judiciales ordinarios, como la nulidad simple;
- c) **Zona de estado de anormalidad o excepcional**, con restricción intensa o adicional a los derechos y garantías de los ciudadanos, a través de medidas extraordinarias que nacen en la legislación excepcional o que, consagrados en la legislación ordinaria, se activan con la declaración de los estados de excepción, que es la propia, más no exclusiva, para que opere el especial y excepcional control inmediato de legalidad, aunque también pueden operar, adicionalmente los controles ordinarios, como la nulidad simple, reiteramos, no es exclusiva de aquel;
- d) **Zona vedada para cualquier intervención**, zona del núcleo esencial del derecho fundamental o que implique su suspensión.

Como se puede observar, la zona propia del control inmediato de legalidad, se encuentra en donde terminan las fronteras de la zona b) y en las que inicia la zona d.

Con base en el esquema anterior toda medida susceptible de ser controlada a través del control inmediato de legalidad puede ser controlable por medio de la nulidad simple, más no toda medida controlable por medio de nulidad simple, puede ser controlable por medio del control inmediato de legalidad.

“3.1.3.4.- Medidas que pueden adoptarse en los Estados de Emergencia y su control judicial.

Es así que, durante la vigencia de los estados de excepción pueden adoptarse por las autoridades administrativas las siguientes medidas:

- i) **Medidas Extraordinarias con genes de legislación excepcional.** Son medidas extraordinarias con restricciones intensas y adicionales de las libertades, derechos y garantías de los ciudadanos respecto de las restricciones, que se ocasionan con las medidas ordinarias en estado de normalidad y que son expedidas como ejercicio de las atribuciones y facultades consagradas o que nacen en la legislación excepcional. Son controlables a través del control inmediato de legalidad.
- ii) **Medidas extraordinarias híbridas, con genes de legislación ordinaria e injertos de legislación extraordinaria.** Son medidas extraordinarias con restricciones intensas y adicionales de las libertades, derechos y garantías de los ciudadanos, a las que se ocasionan con las medidas ordinarias en estado de normalidad y que son expedidas como ejercicio de las atribuciones y facultades consagradas o que nacen en la legislación ordinaria, **pero que se activan con la declaración del estado de excepción o de emergencia**, y por ende desarrollan el decreto declarativo, por cuanto así lo ha dispuesto el legislador ordinario; es como si la declaración del estado de emergencia, ejerciera una fuerza de atracción y llevara, a la legislación ordinaria que, tiene como presupuesto el estado de emergencia, al mismo lugar de los decretos legislativos, no digamos que al mismo nivel, pues, ambas están en el mismo nivel, son leyes.

Instrumento o test para verificar cuándo la medida es extraordinaria, o no lo es.

Sobre el carácter extraordinario de una medida, teniendo en cuenta el mayor grado de afectación de las libertades y derechos, tendremos en cuenta las reflexiones que al respecto ha expuesto el tratadista y magistrado de la Corte Constitucional, Carlos Bernal Pulido, en su texto, “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales”⁴.

Aunque el autor examina las leyes, para saber cuándo implican una intervención sobre un derecho o libertad, consideramos que el test que propone resulta aplicable para cuando requerimos saber si una medida es extraordinaria u ordinaria. Es así como el autor señala:

“Esta versión del principio teleológico puede ser enunciada de la siguiente manera: la norma legal (N) guarda una relación de causalidad negativa con el derecho fundamental (DF) si conduce a un estado de cosas en que la realización del derecho fundamental (DF) se ve disminuida, en relación con el estado de cosas que existía antes de la norma legal. Por esta razón, y de manera análoga a lo que ocurre en alguno de los conceptos más conocidos de causa necesaria, la causalidad negativa entre la norma legal y el derecho fundamental puede ser definida en los términos de la siguiente proposición: si la norma legal (N) no existiera, entonces no se produciría la merma de la realización del derecho fundamental (DF); como consecuencia, la expedición de la norma legal (N) probablemente determine la merma en la realización del derecho fundamental (DF). Esta proposición constituye la señal de identidad de toda intervención en un derecho fundamental”⁵.

Lo anterior, llevándolo al asunto de determinar cuándo una medida es extraordinaria y cuando no, para efectos de saber si tiene o no control automático de legalidad, se puede decir que, la medida general (MG), es extraordinaria en relación con el derecho, garantía o libertad (L) **si conduce a un estado de cosas en que la realización de la libertad o derecho (L,D,G) se ve disminuida, en relación con el estado de cosas que existía en vigencia de las medidas ordinarias o antes de expedirse la medida general (MG).**

De tal forma, que si bien, es más conocido en el derecho, y ha tenido mayor desarrollo doctrinal y jurisprudencial, el concepto de facultad extraordinaria, este es un concepto restringido, que no se puede asimilar al de medida extraordinaria, este es un concepto que es más amplio, y en el cual caben las facultades extraordinarias, podemos decir que hay unas **medidas extraordinarias subjetivas u orgánicas**, que son las medidas que se adoptan en ejercicio de facultades extraordinarias, en las que hay traspaso de ejercicio de funciones o atribuciones de un funcionario u órgano, que es el titular, a otro que no tiene, en estado de normalidad, la titularidad de las mismas, y hay **medidas extraordinarias materiales o sustanciales**, que no implican el traspaso del ejercicio de funciones de una autoridad a otra, por cuanto el funcionario que ostenta la titularidad de las funciones es el mismo en estado de normalidad o en estado de anormalidad, solo que en este último, las ejerce de manera o forma diferente, como es el caso de la facultad de contratación, la que varía en la manera como se ejerce en estado de normalidad (procedimientos de contratación-licitación pública), a como se hace en anormalidad, contratación directa.

CASO DE CONTRATACIÓN POR URGENCIA MANIFIESTA.

Como ejemplo de lo anterior, tenemos el caso de la facultad de contratación, la que varía en la manera como se ejerce en estado de normalidad (procedimientos de contratación-licitación pública), a como se hace en anormalidad, contratación directa, esto es el art. 42 de la ley 80 de 1993, que consagra como presupuesto, para que se declare la urgencia manifiesta, la declaración de emergencia social, económica o ecológica, esta declaración hace que se active esa medida

⁴ Bernal Pulido, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Cuarta Edición. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 845.

⁵ Bernal Pulido, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Cuarta Edición. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 845.

extraordinaria, que permite la contratación directa, a diferencia de lo que ocurre en estado de normalidad, en la que la contratación se hace con base en los procedimientos de selección como la licitación pública, es así como las garantías para los ciudadanos en general para acceder a la contratación con el estado se reducen o limitan en la urgencia manifiesta que se deriva de la declaración del estado de emergencia.

Desarrollando un poco lo anterior, por cuanto este es el tema del decreto que nos convoca, hay que decir que, a pesar de que el decreto legislativo 440 de 2020, consagra la facultad de declarar la urgencia manifiesta, para la Sala Plena, los decretos de los Alcaldes que declaran la urgencia manifiesta y que citan el 440, no desarrollan el decreto legislativo, por cuanto ya eso estaba consagrado en la ley 80, y como tal no desarrollan el decreto, sino la legislación ordinaria; lo que no se comparte, por cuanto la declaración de urgencia manifiesta del decreto legislativo es muy diferente a la de la ley 80, pues por ejemplo, la del decreto legislativo consagra una presunción y no es necesario profundizar en su fundamentación, la de la ley 80 se expidió hace más de 27 años y en forma genérica, para todo estado de excepción, la del decreto legislativo se expidió este año y para un caso específico de estado de excepción, el de emergencia social, económica y ecológica derivada de la pandemia del coronavirus, en fin, la ley 80 fue expedida por el Congreso, y esta es expedida por el Presidente y todos sus Ministros, de tal forma que realmente el decreto municipal, esta desarrollando la declaración de urgencia manifiesta del decreto legislativo 440 de 2020, y no la del art. 42 de la ley 80 de 1993, tan es así que en la fundamentación del decreto municipal se cita el decreto 440.

Lo anterior es suficiente para decir que efectivamente el decreto municipal si desarrolla el decreto legislativo 440 y no la ley 80, y por ende, de conformidad con el art. 136 del CPACA, cae bajo la competencia del Tribunal Administrativo por medio del CIL, no obstante, consideramos que aunque no se hubiera expedido el decreto 440, el decreto municipal, que declara la urgencia manifiesta, si desarrolla decreto legislativo, el que declara el estado de emergencia, el 417, por cuanto no cabe duda que el mismo tiene el carácter de decreto legislativo, y además la facultad de declarar la urgencia manifiesta, por parte de las autoridades administrativas, deriva necesariamente del decreto legislativo que declarara el estado de emergencia en conjunción con el art. 42 de la ley 80 de 1993, y al surgir esa facultad del decreto legislativo es que decimos que al ejercerla, los Alcaldes, están desarrollando el decreto legislativo 417, y es que si este no es expedido, no nace, no se origina la facultad de declarar la urgencia manifiesta, en síntesis, la atribución de declarar la urgencia manifiesta, nace de la conjunción de dos circunstancias, la existencia del art. 42 de la ley 80 y la expedición del decreto legislativo, 417, que declara el estado de emergencia, lo anterior es tan cierto como que el agua no se puede formar solo de partículas de hidrógeno, o de oxígeno, requiere de ambos, así mismo, la facultad de declarar la urgencia manifiesta, requiere del decreto legislativo declarativo y del art. 42 de la ley 80 de 1993.

Ahora, aun partiendo de la inexistencia del decreto 440, la tesis contraria, o sea, aquella que sostiene, que en este caso el decreto municipal, solo desarrolla la ley 80 de 1993, y no desarrolla decreto legislativo, no la compartimos, toda vez que parte de una premisa o argumento implícito erróneo, falaz, que al ser descubierto y puesto en forma expresa, derrumba toda la edificación argumentativa de dicha tesis, y es que parte de la idea que el concepto “desarrollo de decretos legislativos”, y específicamente, el de “decretos legislativos” (en plural), solo comprende todos los decretos legislativos menos al decreto legislativo declarativo, es decir excluye a este último, lo que va en contra del principio lógico de hermenéutica que establece que “donde la ley no distingue, no puede el intérprete distinguir”, y es que si el legislador hubiera querido excluir el decreto declarativo, así lo hubiera dispuesto expresamente, al no hacerlo, y al no haber una razón de peso para lo contrario, hay que concluir que si está incluido dentro de la expresión del art. 136 del CPACA.

En conclusión, y en lo que tiene que ver con el caso concreto del decreto municipal que nos convoca, este si desarrolla no solo un decreto legislativo, sino dos, el 417 y el 440, y por ende el Tribunal si es competente para conocer de fondo el decreto municipal por medio del CIL.

CASO DE MEDIDAS DE POLICÍA.

Lo anterior, igual sucede con las medidas en materia de policía, en el manejo del orden público, que son las mas frecuentes en estos estados, con respecto a las cuales el art. 202 del Código nacional de Policía y Convivencia, ley 1801 de 2016, establece un listado de medidas extraordinarias, para subsanar estados o situaciones de igual naturaleza, algunas de las cuales son más restrictivas que las medidas de policía consagradas por ejemplo en la ley 136 de 1994 o en la primera parte del Código Nacional de Policía y Convivencia, es el caso de la establecida en el numeral 5 como: “Ordenar medidas restrictivas de la movilidad de medios de transporte o personas, en la zona afectada o de influencia, incluidas las de tránsito por predios privados.”, mientras que su correspondiente, en materia de medidas ordinarias, ley 136 de 1994 en su art. 91, reformado por el art. 29 de la ley 1551 de 2012, establece la medida solo para vías y espacios públicos, así: “a) Restringir y vigilar la circulación de las personas por vías y lugares públicos”, es así que si la medida adoptada en los decretos de los Alcaldes es la restricción en vía o espacio público, la misma alcance solo el carácter de ordinaria, y en ese sentido su control no es procedente hacerlo con el control inmediato de legalidad, sino por los medios ordinarios; no así cuando la medida restrictiva comprende los predios privados.

Con lo anterior pretendemos hacer algo de claridad en el concepto de medida extraordinaria, por cuanto, está en el vértice de la tesis propuesta.

iii) Medidas Ordinarias con finalidad excepcional. Son medidas ordinarias con restricciones leves o moderadas, o menos intensas, de las libertades, derechos y garantías de los ciudadanos, en comparación con las que se ocasionan con las medidas extraordinarias que nacen o se activan con la legislación de excepción, con el fin de conjurar la crisis o de impedir que se propague, y que son expedidas como ejercicio de las atribuciones y facultades consagradas, o que nacen, en la legislación ordinaria, previa al estado de excepción.

iv) Medidas Ordinarias sin finalidad excepcional. Son medidas ordinarias con restricciones leves o moderadas de las libertades, derechos y garantías de los ciudadanos, en comparación con las que se ocasionan con las medidas extraordinarias que nacen o se activan con la legislación de excepción, sin conexión finalística o teleológica con la crisis o sus efectos, y que son expedidas como ejercicio de las atribuciones y facultades consagradas, o que nacen, en la legislación ordinaria, previa al estado de excepción.

Del anterior esquema podemos concluir que el objeto del medio de control inmediato de legalidad lo constituyen las medidas de los numerales i) y ii), pues solo de ellas se puede predicar, en estricto sentido, que son extraordinarias, y que por lo tanto, desarrollan los decretos legislativos, y al expedirse en ejercicio de facultades que nacen en la legislación excepcional o se activan con la declaración del estado de emergencia, pero que además implican restricciones adicionales o más intensas a los derechos, garantías y libertades que las que se derivan de las medidas ordinarias, con o sin finalidad excepcional, pues reiteramos, lo importante y lo que se busca por el legislador al establecer el control, especial, excepcional e Inmediato de legalidad, es la protección de los derechos, garantías y libertades de los ciudadanos, frente a restricciones o limitaciones intensas y severas, **que es realmente lo urgente e inmediato que hay que proteger**, no en vano, el nomen iuris del control contiene la expresión “inmediato”, así fue que nació la actual regulación constitucional de los estados de excepción, pues no tiene sentido protegerlas frente a las restricciones leves o moderadas, que dan espera, y para las que se han establecido, abundantes mecanismos ordinarios, como la nulidad simple, de tal forma que, sería inútil, innecesario, redundante y contraproducente, desgastar, el limitado recurso, de administración de justicia administrativa, predicando que un medio de control excepcional, automático, y ágil, como lo es el CIL, pueda ser destinado para auscultar la legalidad de medidas ordinarias, que ya tienen un medio de control, como lo es la nulidad simple.”

“3.1.3.5. Procedencia, utilidad e importancia de clasificar las diferentes actuaciones de la Administración Pública, y su incidencia en la consagración de los medios de control.

Con lo anterior simplemente pretendemos demostrar que lo relevante para que el ordenamiento jurídico establezca los diferentes medios de control sobre algunas medidas y actuaciones de la administración, lo constituye la afectación de los derechos, garantías y libertades de las personas, más aún en los estados de excepción, pero ello no implica que todos los medios de control sirvan para el control de todas las medidas o actuaciones de la administración pública, pues ello en vez de garantista, sería introducir el caos y la inseguridad jurídica, ello a pesar de los avances en nuestra legislación procesal de ampliar el radio de acción de algunos mecanismos de control, pero todavía no se ha llegado al punto, y bajo nuestra perspectiva, no sería lo deseable, del uso indistinto de los medios de control sin importar la fuente de afectación, en este sentido el Consejero de Estado y profesor Alberto Montaña Plata, aunque manifiesta no estar de acuerdo con la clasificación, o por lo menos la percibe como inconveniente, reconoce que hace parte importante de nuestra tradición y cultura jurídica, así expresa:

“Es común en la doctrina nacional, no solamente en la actualidad, sino desde bastante tiempo atrás, encontrar una clasificación de la concreción de la actividad administrativa en actos, hechos, omisiones, operaciones y contratos administrativos. Ello ha constituido un capítulo importante de nuestra formación jurídico administrativa, inclusive, en algunos casos, el más importante, o cuando menos el más extenso....Un simple cotejo con desarrollos doctrinarios extranjeros, pero más aún con experiencias de juristas foráneos, incluso administrativistas, comporta la constatación de la importancia que en Colombia tienen estas clasificaciones, lo que permite, sin riesgos de falta de rigor, **calificarlo como un rasgo característico del derecho administrativo nacional...**” y más adelante agrega: “....**La clasificación aludida es el producto de la evolución, no del derecho administrativo nacional, sino de nuestra jurisdicción contencioso administrativa y, en particular, de la ampliación paulatina de su objeto...**” y por último manifiesta: “....: el nuevo CPACA hace mención expresa a esta clasificación, no solo con ocasión del reconocimiento genérico del objeto de la jurisdicción contencioso administrativa, sino también, y de manera puntual, cuando se refiere a cada uno de los ahora denominados “medios de control”. (Subrayas y negritas fuera de texto)⁶.

De tal forma que con el art. 136 del CPACA y en general de la regulación de los estados de excepción, se ha introducido una nueva actuación de la administración objeto de control, el de las medidas generales, expedidas en ejercicio de la función administrativa, de carácter extraordinario y que se expiden en ejercicio de funciones o atribuciones que nacen de los decretos legislativos o que se activan con estos, lo cual no es algo exótico, ni inconveniente, sino que hace parte de la evolución de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y de la ampliación paulatina de su objeto.

“3.1.3.6. Desacuerdo con la Tesis de la Conexidad Sustancial o material.

No se comparte la denominada tesis de la conexidad material o sustancial, con la que se pretende que se controle por medio del CIL toda medida de carácter general que tenga una conexión material o sustancial con el decreto legislativo, consistente, dicha conexión, según los que sostienen esta tesis, en que las medidas generales ataquen o busquen atacar, las causas del estado de crisis o evitar su expansión, y que dan lugar a declarar el estado de emergencia o excepcional, no la compartimos por dos razones, en primer lugar, por que dicha conexión, es algo que va a ser objeto del análisis de fondo, es decir del principio de necesidad del test de proporcionalidad, dentro del cual está la “regla 36. El principal criterio para seleccionar los medios

⁶ 100 años de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. XIV Jornadas de Derecho Administrativo. Caracterización de la jurisdicción Contencioso Administrativa Colombiana con ocasión del reconocimiento como causa y producto del fortalecimiento del Derecho Administrativo. Editorial Universidad Externado de Colombia. Primera edición. 2014. Páginas 128 y 129). (Además en el artículo “Derecho Administrativo Para La Paz. XVII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo. Universidad Externado De Colombia. El principio de buen funcionamiento de la administración pública y su carácter vinculante en la revisión judicial de actividades administrativas. Alberto Montaña Plata. 2016. Pags. 269 a 372).

alternativos consiste en que estos revistan algún grado de idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo que la medida legislativa se propone”.⁷. Y, en esta etapa preliminar, solo estamos determinado cuál es objeto del CIL, es decir la competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa por el factor objetivo-naturaleza del asunto, lo que implica que hacerlo en esta etapa preliminar, además de improcedente, constituiría un prejuzgamiento, por lo menos parcial y precoz.

De otro lado, y en segundo lugar, por que como se ha visto anteriormente, lo importante para saber si una medida general, es objeto de control o no por el CIL, es el grado de afectación que la medida cause en el derecho, libertad o garantía, es decir mediante el establecimiento y regulación de los medios de control no se busca proteger un determinado estado de cosas, o cambiar un estado social, económico o ecológico, de normalidad o anormalidad, porque sí, sino por la afectación, que en uno u otro estado circunstancial se produzca a los derechos, garantías y libertades de la personas, lo importante, y por lo que se regularon los estados de excepción o de emergencia, y se crean mecanismos de control especial, no es el estado de normalidad o anormalidad, son los derechos y garantías de las personas, y solo en la medidas que estas mismas se vean afectadas más allá de las afectaciones normales que se produzcan con las medidas ordinarias, es que se activa el CIL. Y porque además permitir la activación del CIL, para el control de medidas ordinarias, sería algo redundante, inútil e incluso inconveniente, tal como se ha explicado anteriormente.

“3.1.3.7 Otras Teorías. Con respecto a las demás teorías, sobre el objeto o el factor de competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, por naturaleza del asunto, ya se han dado razones implícitas y expresas por las cuales nos apartamos de ellas, no obstante es procedente recalcar que, con respecto a una, ha quedado refundida en la tesis que proponemos, nos referimos, a la que pregona que solo las medidas que se expidan en ejercicio de las facultades que nazcan en los decretos legislativos, con la precisión y adición, en relación con que dichas medidas debe ser extraordinarias y que también se incluyen las que se activen con los estados de excepción o de emergencia; y la tesis que sostiene que, basta con que la medida simplemente cite como fundamento el decreto legislativo, no se comparte porque, como lo habíamos afirmado, anteriormente, es dejar en manos de la autoridad, si se controla o no la medida por medio del CIL, lo que conllevaría a dejar en manos del controlado, si se activa o no el control.

“4.3.3.8. Conclusión. Por lo anterior, y concluyendo, consideramos que en el caso concreto del art. 136 del CPACA, solo consagra el CIL para las medidas generales, que se expidan en ejercicio de función administrativa y que sean medidas extraordinarias expedidas en ejercicio de atribuciones y facultades establecidas en los decretos legislativos, o medidas extraordinarias, que se activen con la declaración del estado de emergencia o excepcional.”

Con las anteriores consideraciones se deja plasmada la postura que al respecto sostuvo el magistrado ponente y que no fueron acogidas por la Sala Plena de la Corporación, por lo que, de tal forma, en acatamiento a la decisión de la Sala Plena, que se sustenta, en que el decreto municipal no desarrolla ningún decreto legislativo, por cuanto la facultad de declarar la urgencia manifiesta está establecida en la ley 80, y como tal, fue esta norma la que se desarrolló al expedirse el decreto municipal, se tomarán las siguientes decisiones:

⁷ Bernal Pulido, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Cuarta Edición. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 936.

RESUELVE:

PRIMERO: DEJAR SIN EFECTOS el auto dictado por este despacho el 26 de marzo de 2020 y las posteriores actuaciones, mediante el cual se avocó conocimiento del DECRETO No. 046 del 24 de marzo de 2020, suscrito por el alcalde municipal de Santo Domingo (Ant.), “Por medio del cual se declara la calamidad pública por el COVID – 19 en el municipio de Santo Domingo, Antioquia” y en su lugar **NO AVOCAR** conocimiento en el asunto de la referencia, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO. NOTIFÍQUESE al municipio de Santo Domingo (Antioquia) y al Ministerio Público del contenido de esta providencia, a través de los medios virtuales disponibles en la Secretaría del Tribunal, en los términos de los artículos 186 y 197 del CPACA.

TERCERO. Se ordena la PUBLICACIÓN del 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. SE ORDENA al alcalde del municipio de Heliconia (Antioquia) que publique copia de la presente providencia en la página web de ese municipio.

QUINTO. Ejecutoriada esta providencia, Archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE

ÁLVARO CRUZ RIAÑO
MAGISTRADO

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
EN ANOTACIÓN POR ESTADOS DE HOY**

MEDELLÍN, 9 DE JUNIO DE 2020

FUE NOTIFICADO EL AUTO ANTERIOR



SECRETARÍA GENERAL