

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA
SALA PLENA

Auto Interlocutorio P20

Radicación: 76001-23-33-000-2020-00276-00
Medio de control: Control Inmediato de Legalidad
Acto administrativo: Decreto 038 de 2020
Autoridad: Municipio de La Cumbre
Asunto: Resuelve recurso de súplica

Magistrada Ponente: PATRICIA FEUILLET PALOMARES

Santiago de Cali, trece (13) de mayo de dos mil veinte (2020)

1. La Sala Plena del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca resuelve el recurso de súplica presentado por el procurador 18 judicial II para asuntos administrativos de Cali contra el auto interlocutorio del 31 de marzo de 2020, proferido por el magistrado Jhon Erick Chaves Bravo.

ANTECEDENTES

1. Génesis de la actuación judicial

2. Con el fin de dar cumplimiento al inciso segundo del artículo 20 de la Ley 137 de 1994, el municipio de La Cumbre remitió, vía electrónica, el Decreto 038 del 23 de marzo de 2020, *«por medio del cual se imparten instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del coronavirus Covid-19 y el mantenimiento del orden público en el municipio de La Cumbre, Valle»*.

3. El conocimiento del asunto fue sometido a reparto y correspondió al despacho del magistrado Jhon Erick Chaves Bravo.

2. La providencia recurrida

4. Por auto interlocutorio del 31 de marzo de 2020, el despacho ponente resolvió no asumir el conocimiento del control inmediato de legalidad del Decreto 038 de 2020, expedido por el municipio de La Cumbre. Como sustento de la decisión, señaló que si bien en el Decreto 038 de 2020 *«se replican las medidas contenidas en el Decreto Legislativo 457 de 2020, lo cierto es que como bien lo menciona dicha decisión legislativa, las mismas son medidas ordinarias de policía para atender la emergencia sanitaria del Covid-19»*.

3. El recurso de súplica

5. El procurador 18 judicial II para asuntos administrativos de Cali presentó recurso de súplica contra el auto del 31 de marzo de 2020, pidió que se revocara y que, en su lugar, se asumiera el conocimiento del control inmediato de legalidad del Decreto 053 de 2020.

6. De manera preliminar, se refirió al Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica que se declaró mediante Decreto Legislativo 417 de 2020 e hizo alusión a la potestad normativa especial que se deriva de esa circunstancia: la posibilidad del Gobierno Nacional de expedir decretos legislativos, que, a su vez, son desarrollados por las autoridades territoriales mediante decretos especiales, siendo estos últimos sometidos al control inmediato de legalidad previsto en los artículos 20 de la Ley 137 de 1994¹ y 136 de la Ley 1437 de 2011². Seguidamente, invocó pronunciamientos de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado para ilustrar algunas características que se predicen del control inmediato de legalidad.

7. Explicó que el recurso de súplica era procedente contra la providencia que no asumió el conocimiento del control inmediato de legalidad, por cuanto se trataba de un auto que por su naturaleza era apelable (equivalente al rechazo de la demanda o de terminación del proceso) y que fue dictado en un proceso de única instancia. Pidió que, en caso de que no fuera procedente la súplica, se adecuara al recurso pertinente, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo del artículo 318 del Código General del Proceso³.

8. En cuanto al fondo del asunto, sostuvo que la decisión de no asumir el conocimiento del control inmediato de legalidad del Decreto 038 de 2020 desconocía: **i)** el principio hermenéutico del efecto útil de las normas, **ii)** el principio de no distinción, **iii)** el deber funcional de juzgar, **iv)** la naturaleza particular del control judicial durante los Estados de Excepción y **v)** los postulados de conexidad y proporcionalidad.

¹ 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

² 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.

³ PARÁGRAFO. Cuando el recurrente impugne una providencia judicial mediante un recurso improcedente, el juez deberá tramitar la impugnación por las reglas del recurso que resultare procedente, siempre que haya sido interpuesto oportunamente.

3.1. Desconocimiento del principio hermenéutico del efecto útil de las normas

9. Invocó el artículo 1620 del Código Civil⁴ y la sentencia C-569 de 2004 para ilustrar el principio del efecto útil de las normas jurídicas, según el cual, a su juicio, *«cuando de una disposición jurídica deriven dos o más interpretaciones, una de la que se emanan efectos y otra en la que no los produce; o una en la que produzca más efectos que en otra, se habrá de preferirse aquella interpretación que produzca»*.

10. Con base en ese postulado, indicó que los artículos 20 de la Ley 137 de 1994 y 136 de la Ley 1437 de 2011 permitían dos interpretaciones: una restrictiva, que limitaba el control judicial únicamente a decisiones administrativas que fueran adoptadas en ejercicio de competencias extraordinarias, y una extensiva, que predicaba el control judicial de las decisiones administrativas sin importar si son adoptadas en ejercicio de competencias ordinarias o extraordinarias.

11. Manifestó que el auto recurrido acogió la interpretación restrictiva y no asumió el conocimiento, al estimar que el Decreto 038 de 2020 no envolvía una competencia extraordinaria, pero que lo procedente era, en aplicación del principio de efecto útil de las normas, acoger la interpretación extensiva y entender que la decisión contenida el acto administrativo, así fuera adoptada en ejercicio de una competencia ordinaria, sí estaba sometida al control inmediato de legalidad.

3.2. Desconocimiento del principio de no distinción

12. Señaló que el principio de no distinción, cuyo fundamento era el artículo 27 del Código Civil⁵, dictaba que el intérprete no puede distinguir si el legislador no lo hizo, de ahí que *«cuando en una disposición jurídica, no se haga distinción entre los supuestos que cubija y los que no, y salvo que dicha distinción esté prevista en otra disposición del sistema jurídico, se habrá de entender que todos los supuestos fácticos se regirán por la misma»*.

13. Adujo que el artículo 20 de la Ley 137 de 1994 no distinguió frente al contenido de la decisión administrativa susceptible de control (facultades ordinarias o extraordinarias), pues únicamente exigía: i) que fuera de carácter general, ii) que fuera dictada en ejercicio de función administrativa y iii) que *«ocurra en el escenario fáctico del estado de excepción»*⁶.

14. Agregó que, de hecho, al examinar la constitucionalidad del artículo 20 de la Ley 137 de 1997, la Corte Constitucional (C-179 de 1994) tampoco hizo distinción sobre actos administrativos producto de competencias ordinarias y actos administrativos producto de competencias extraordinarias, por lo que, según el recurrente, *«la única*

⁴ ARTÍCULO 1620. PREFERENCIA DEL SENTIDO QUE PRODUCE EFECTOS. El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno.

⁵ ARTÍCULO 27. INTERPRETACIÓN GRAMATICAL. Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.

⁶ Respecto de ese tercer requisito invocó las siguientes sentencias proferidas por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado: i) del 2 de noviembre de 1999, radicación 04-037, y ii) del 31 de mayo de 2011, expediente 11001-03-15-000-2010-00388-00.

exigencia es que se trate de actos administrativos que desarrollan estados de excepción, al margen de cuál sea su naturaleza».

3.3. Desconocimiento del deber funcional de juzgar

15. Aseguró que, en consonancia con el artículo 48 de la Ley 153 de 1887 y la sentencia C-083 de 1995, los jueces y magistrados deben procurar emitir un fallo de fondo en los asuntos sometidos a su consideración y evitar decisiones inhibitorias, que, en caso de no estar justificadas, constituirán una denegación de justicia.

16. Mencionó que *«cuando un asunto se pone bajo su competencia, no puede el juez anticiparse a la decisión final y, en el auto que analiza la procedibilidad del medio de control, señalar que no avoca el conocimiento, con el argumento de que el asunto no encuadra, a priori, dentro del supuesto de hecho de la competencia excepcional, porque eso equivale a una denegación de justicia que desconoce el deber ontológico de los jueces».*

17. Reprochó que el magistrado ponente haya determinado, desde el auto inicial, la naturaleza y contenido del Decreto 038 de 2020 (para concluir que se trataba del ejercicio de una competencia ordinaria), pues, a su juicio, ello implicaba un análisis material o de fondo que solo podía efectuarse en la sentencia.

18. Sugirió que, a la luz de la tesis del despacho ponente, un acto administrativo podría tener un control parcial, en caso de que contenga medidas ordinarias y extraordinarias y añadió que *«como el auto de no avocar da por descontado que se trata de medidas ordinarias, y que ellas no son susceptibles de control especial, descarta la revisión desde el auto inicial, sin hacer el análisis de fondo correspondiente, o haciéndolo, pero desde la no admisión, lo cual no resulta pertinente».*

19. Afirmó que la fecha de expedición del acto administrativo sí es un criterio válido para descartar *a priori* el control inmediato de legalidad. En ese sentido, refirió que el funcionario judicial estará habilitado para no asumir el conocimiento si el acto administrativo fue expedido antes de la declaratoria del Estado de Excepción, pero, en cambio, si el acto es expedido en el marco del Estado de Excepción, el juez debe presumir que el control judicial sí es procedente.

3.4. Desconocimiento de la naturaleza particular del control judicial

20. Citó la sentencia C-301 de 1993 para sustentar que el control judicial que recae sobre el ejercicio de una competencia varía dependiendo de si fue desplegada en un Estado de Excepción o por fuera de él. A partir de ello, indicó que *«anticiparse a no asumir conocimiento significa negarse a un control judicial, que tiene una intensidad diferente en estado de normalidad que en un estado de anormalidad, con el argumento de que es una competencia ordinaria cuando, precisamente, el uso de la competencia ordinaria, tiene un prisma particular a la luz del estado de excepción».*

3.5. Desconocimiento del cumplimiento de los postulados de conexidad y proporcionalidad

21. Expuso que, de conformidad con lo dicho por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, el postulado de conexidad impone verificar la existencia de una

relación directa y específica entre el decreto legislativo y el decreto que lo desarrolla. Advirtió que las circunstancias de salud pública derivadas de la pandemia del Covid-19 existían antes de la declaratoria del Estado de Excepción, por lo que, a su juicio, si bien el acto administrativo no fue explícito en indicar que se trataba del acatamiento del Decreto Legislativo 417 de 2020, lo cierto es que el Decreto 038 de 2020 es una de las «medidas propias del Estado de Emergencia que se compagina con lo que ha venido implementando el Gobierno Nacional». Agregó que, en ese escenario, las medidas adoptadas por los entes territoriales podían ser objeto de convalidación.

22. Destacó que el postulado de proporcionalidad exigía analizar si las medidas adoptadas cumplían los fines del Estado de Emergencia, exigencia que, en esta etapa inicial, podría predicarse del acto administrativo sometido a control.

4. Adición del recurso de súplica

23. Mediante escrito radicado con posterioridad a la interposición del recurso de súplica, el procurador 18 judicial II para asuntos administrativos de Cali lo adicionó, en el sentido de que se tuviera en cuenta el pronunciamiento del 15 de abril de 2020, dictado por el Consejo de Estado en el proceso 11001 -03-15-000-2020-01006-00.

CONSIDERACIONES

1. Competencia

24. Tratándose del control inmediato de legalidad, no hay norma expresa que adscriba competencia para resolver el recurso de súplica contra la providencia que resuelve no asumir el conocimiento del asunto. Sin embargo, a partir de la lectura del artículo 185 de la Ley 1437 de 2011, se sabe que las providencias judiciales en estos procesos solo pueden emanar del magistrado ponente (la sustanciación) y de la Sala Plena del tribunal administrativo (el fallo). Siendo así, es claro que, en estos casos, el ponente actúa como integrante de Sala Plena y, por consiguiente, en los términos del artículo 246 del CPACA⁷, es esta la competente para decidir la súplica.

25. La ponencia de la providencia que resuelve la súplica corresponde a quien le sigue en turno, en el orden de la Sala Plena, al magistrado que profirió la decisión recurrida. La ponencia de esta decisión estuvo a cargo de la magistrada Patricia Feuillet Palomares, que es la que sigue en turno al magistrado Jhon Erick Chaves Bravo.

2. Procedencia del recurso de súplica

26. El artículo 246 de la Ley 1437 de 2011 prevé que «*el recurso de súplica procede contra los autos que por su naturaleza serían apelables, dictados por el Magistrado Ponente en el curso de la segunda o única instancia o durante el trámite de la apelación de un auto. También procede contra el auto que rechaza o declara desierta la apelación o el recurso extraordinario*».

⁷ ARTÍCULO 246. SÚPLICA. (...) El escrito se agregará al expediente y se mantendrá en la Secretaría por dos (2) días a disposición de la parte contraria; vencido el traslado, el Secretario pasará el expediente al Despacho del Magistrado que sigue en turno al que dictó la providencia, quien será el ponente para resolverlo ante la Sala, sección o subsección. Contra lo decidido no procederá recurso alguno.

27. En el presente asunto, el auto que no asume el conocimiento del control inmediato de legalidad pone fin al proceso, decisión de naturaleza apelable de acuerdo con el numeral 3 del artículo 243 del CPACA⁸. Por otra parte, esa decisión fue adoptada en un proceso de única instancia (artículo 151 de la Ley 1437 de 2011)⁹.

28. Así, la naturaleza del auto recurrido y la instancia en la que fue adoptado permiten concluir que sí es susceptible del recurso de súplica. Además, el recurso fue interpuesto el 13 de abril de 2020 (según acuse de recibido de la secretaría), es decir, dentro de los tres días siguientes a la notificación de la providencia recurrida¹⁰.

3. Problema jurídico

29. A la Sala le corresponde determinar si debe confirmarse el auto del 31 de marzo de 2020, que no asumió el conocimiento del control inmediato de legalidad del Decreto 038 de 2020 por cuanto ese acto administrativo no desarrollaba un decreto legislativo, o si, por el contrario, como lo alega el delegado del Ministerio Público, el control judicial sí era procedente porque la medida administrativa fue expedida durante el Estado de Excepción y carece de relevancia el tipo de competencias con el que se adopta (ordinarias o extraordinarias).

4. Solución del caso

30. Previo a resolver el problema jurídico, la Sala estima necesario referirse a los actos administrativos susceptibles de control inmediato de legalidad.

4.1. Actos administrativos susceptibles de control inmediato de legalidad

31. Los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución Política permiten que el presidente de la República declare, mediante decreto que deberá tener la firma de todos los ministros y con la debida motivación, el Estado de Excepción, ya sea por: i) Guerra Exterior, ii) Conmoción Interior o iii) Emergencia Económica, Social y Ecológica.

32. Una vez efectuada la declaratoria, el presidente puede expedir decretos legislativos (gozan de fuerza de ley), que tienen que estar suscritos por todos los

⁸ ARTÍCULO 243. APELACIÓN. Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales y de los Jueces. También serán apelables los siguientes autos proferidos en la misma instancia por los jueces administrativos:

(...)

3. El que ponga fin al proceso.

(...)

Los autos a que se refieren los numerales 1, 2, 3 y 4 relacionados anteriormente, serán apelables cuando sean proferidos por los tribunales administrativos en primera instancia.

⁹ ARTÍCULO 151. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS EN ÚNICA INSTANCIA. Los Tribunales Administrativos conocerán de los siguientes procesos privativamente y en única instancia:

(...)

14. Del control inmediato de legalidad de los actos de carácter general que sean proferidos 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.

¹⁰ La providencia fue notificada el 1º de abril de 2020, y los tres días transcurrieron el 2, 3 y 13 de abril de 2020 (téngase en cuenta que la semana del 6 de abril era de vacancia judicial por Semana Santa).

ministros y deberán referirse a materias que guarden relación directa y específica con el Estado de Excepción.

33. Como uno de los mecanismos para garantizar el correcto ejercicio de esas facultades, el artículo 55 de la Ley 137 de 1994 estableció un control automático de los decretos legislativos, que estará a cargo de la Corte Constitucional. A su vez, el artículo 20 dispuso que:

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.

34. El control de que trata el artículo 20 de la Ley 137 de 1994 fue incluido en el artículo 136 del Código Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011)¹¹, que, además, aclaró que la autoridad judicial debía asumir de oficio el conocimiento del asunto, en caso de que la entidad administrativa no efectuare el envío del acto sujeto a control.

35. Una interpretación literal del artículo 20 de la Ley 137 de 1994 y del artículo 136 de la Ley 1437 de 2011 permite concluir que los actos administrativos que están sujetos a control inmediato de legalidad deben cumplir las siguientes dos características: **i)** ser de carácter general y **ii)** ser expedidos en desarrollo de los decretos legislativos expedidos por el presidente de la República. Esa segunda característica supone que el acto administrativo contiene disposiciones que estén encaminadas a permitir la ejecución o aplicación del decreto legislativo (en ello consiste su desarrollo).

36. La exigencia de que el acto administrativo deba ser desarrollo de un decreto legislativo puede constatarse en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado. Veamos.

37. La Corte Constitucional, mediante sentencia C-179 de 1994, concluyó que el artículo 20 de la Ley 137 de 1994 se ajustaba a la Constitución Política, con las siguientes consideraciones:

Pues bien, en los incisos primero y segundo del artículo que se revisa, se consagra el control automático de legalidad de los actos administrativos que se expidan como desarrollo de los decretos legislativos dictados por el Presidente de la República

¹¹ 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.

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

38. Como se ve, el tribunal constitucional interpreta, a partir de la claridad de la disposición normativa, que ese control judicial recae sobre los actos administrativos que se expidan como desarrollo de los decretos legislativos.

39. A su turno, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en múltiples pronunciamientos sostiene que uno de los presupuestos que habilita el control inmediato de legalidad es que el acto administrativo sea desarrollo de un decreto legislativo.

40. En sentencia del 21 de junio de 1999¹² se afirmó:

La lectura de la norma transcrita indica que son tres los presupuestos requeridos para que sea procedente el control inmediato de legalidad. En primer lugar, debe tratarse de un acto de contenido general; en segundo, que se haya dictado en ejercicio de la función administrativa; y, en tercero, que tenga como fin desarrollar los decretos legislativos expedidos con base en los estados de excepción.

41. En igual sentido, la sentencia del 2 de noviembre de 1999¹³ sostuvo:

De acuerdo con esta regla son tres los presupuestos requeridos para la procedencia del control inmediato de legalidad, a saber:

Que se trate de un acto de contenido general.

Que el mismo se haya dictado en ejercicio de la función administrativa, y

Que el acto tenga como fin el desarrollar uno o más de los decretos legislativos expedidos en los estados de excepción.

42. En las sentencias del 20 de octubre de 2009¹⁴ y del 31 de mayo de 2011¹⁵, se invocaron de manera expresa los presupuestos expuestos en la providencia del 2 de noviembre de 1999.

43. En la misma línea, la sentencia del 5 de marzo de 2012¹⁶ puntualizó:

El control inmediato de legalidad es el medio jurídico previsto en la Constitución Política para examinar los actos administrativos de carácter general que se expiden al amparo de los estados de excepción, esto es, actos administrativos que desarrollan o reglamentan un decreto legislativo.

¹² Radicado CA-023.

¹³ Radicado CA-037.

¹⁴ Expediente 11001-03-15-000-2009-00549-00.

¹⁵ Expediente 11001-03-15-000-2010-00388-00.

¹⁶ Expediente 11001-03-15-000-2010-00369-00.

44. Así mismo, la sentencia del 8 de julio de 2014¹⁷ indicó:

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

45. Y la sentencia del 24 de mayo de 2016¹⁸ ratificó que:

El Consejo de Estado con fundamento en los artículos 20 de la Ley 137 de 1994, 111.8, 136 y 185 del CPACA, realiza un control inmediato y automático de legalidad sobre los actos administrativos de carácter general expedidos por las autoridades nacionales con base en los decretos legislativos.

46. La anterior relación de pronunciamientos muestra que la postura de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado exige, para la procedencia del control inmediato de legalidad, que el acto administrativo sea desarrollo de un decreto legislativo.

47. Sin embargo, recientemente, mediante providencia del 15 de abril de 2020¹⁹, el consejero William Hernández Gómez expuso algunas razones para sustentar que, dadas las circunstancias que se predicen del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica declarado por la pandemia del Covid-19, el control inmediato de legalidad debía recaer sobre todos actos administrativos expedidos a partir de la declaratoria del Estado de Excepción y que tengan relación directa o indirecta con las medidas necesarias para superar el estado de emergencia, así no estuvieran desarrollando decretos legislativos.

48. Si bien las razones dadas en esa providencia no reflejan la postura de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado (pues fue una decisión de ponente) y no constituyen *ratio decidendi*²⁰ (motivo por el cual carecen de fuerza vinculante), lo cierto es que los planteamientos allí expuestos enriquecen la discusión sobre la materia y, por ende, la Sala estima conveniente referirse a ellos.

49. La argumentación parte de la importancia del derecho convencional y constitucional a la tutela judicial efectiva, que, entre otras cosas, impone el deber de procurar condiciones necesarias para que las personas puedan acceder al aparato judicial y resolver las controversias que se suscitan. Acto seguido, expuso que ese derecho a la tutela judicial efectiva se ve restringido por la limitación a la movilidad de las personas (derivada del aislamiento preventivo obligatorio), por la falta de atención al público en los despachos judiciales y por la suspensión de términos judiciales declarada por el Consejo Superior de la Judicatura, circunstancias que

¹⁷ Expediente 11001-03-15-000-2011-01127-00.

¹⁸ Expediente 11001-03-15-000-2015-02578-00.

¹⁹ Expediente 11001-03-15-000-2020-01006-00.

²⁰ En ese pronunciamiento se resolvió rechazar el medio de control inmediato de legalidad sobre el Memorando I-GAMG-20-004065 del 25 de febrero de 2020, suscrito por el director encargado de Asuntos Migratorios, Consulares y Servicio al Ciudadano del Ministerio de Relaciones Exteriores. La razón de la decisión (*ratio decidendi*) consistió en que el control inmediato de legalidad no procede respecto de actos administrativos que hayan sido expedidos antes de la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica.

dificultan la interposición del medio de control de nulidad simple para enjuiciar esas medidas administrativas que han sido adoptadas a partir de la declaratoria del Estado de Emergencia y cuya finalidad es hacer frente a los efectos de la pandemia. Destacó que esas medidas administrativas, a pesar de no ser desarrollo de decretos legislativos y que incluso corresponden al ejercicio de competencias ordinarias, podían generar restricciones arbitrarias a los derechos humanos y, por ende, debía activarse el control inmediato de legalidad.

50. Lo primero que debe destacarse es que la interpretación propuesta toma en consideración circunstancias que no se predicán de todos los Estados de Excepción, sino de este en particular. Es decir, esa postura interpreta el artículo 20 de la Ley 137 de la 1994 de tal manera que solo encuentra justificación en el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica derivado de la pandemia del Covid 19, pero que no resultaría válida en otros Estados de Excepción.

51. Ello permite reafirmar que el criterio material que determina la procedencia del control inmediato de legalidad es el de la naturaleza del acto administrativo como desarrollo de decretos legislativos, que encuentra justificación en todos los Estados de Excepción, y no únicamente en el declarado mediante Decreto Legislativo 417 de 2020.

52. Ahora, a juicio de la Sala, hacer extensivo el control inmediato de legalidad es, actualmente, una medida no necesaria y desproporcionada para solucionar la preocupación que sirvió de fundamento a esa postura.

53. No es necesaria porque el Consejo Superior de la Judicatura, mediante Acuerdo PCSJA20-11546 del 25 de abril de 2020, levantó la suspensión de términos para, entre otros: i) el medio de control de nulidad por inconstitucionalidad contra actos administrativos expedidos desde la declaratoria de emergencia sanitaria y ii) el medio de control de simple nulidad contra actos administrativos que se hayan expedido desde la declaratoria de la emergencia sanitaria. Es decir, actualmente están dadas las condiciones para garantizar la tutela judicial efectiva de las personas que pretendan ejercer el medio de control de nulidad para controvertir los actos administrativos expedidos a partir de la emergencia sanitaria, escenario en el que proceden las medidas cautelares, incluso de urgencia.

54. Por otra parte, la interpretación dada es desproporcionada en relación con el principio de justicia rogada que se mantiene en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Ese principio de justicia rogada puede constatarse a partir de la presunción de legalidad de los actos administrativos (artículo 88 del CPACA) y del deber que se le impone al demandante de indicar las normas violadas y el concepto de violación cuando se impugna un acto administrativo (numeral 4º del artículo 162 de la Ley 1437 de 2011)²¹.

²¹ ARTÍCULO 162. CONTENIDO DE LA DEMANDA. Toda demanda deberá dirigirse a quien sea competente y contendrá:

(...)

4. Los fundamentos de derecho de las pretensiones. Cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación.

55. En efecto, los actos administrativos de carácter general que no sean desarrollo de decretos legislativos pueden ser cuestionados bajo el medio de control de simple nulidad: ese es el control judicial que ha dispuesto el legislador (artículo 137 del CPACA). Las reglas que imperan en ese tipo de control judicial exigen que el análisis se realice frente a las normas invocadas en la demanda²², y no de manera integral. Ello es una manifestación del principio de justicia rogada.

56. Siendo así, la Sala estima que es desproporcionado sustituir el control judicial previsto por el legislador para actos administrativos de carácter general que no sean desarrollo de decretos legislativos, que es un control limitado a las normas invocadas por la persona que cuestiona la legalidad, por un control integral, que es el que se predica del control inmediato de legalidad. Además, téngase en cuenta que el medio de control de simple nulidad es un proceso de doble instancia, mientras que el control inmediato de legalidad es de única instancia. No es conveniente que el poder judicial ejerza un control bajo reglas distintas a las definidas por el legislador.

57. Expuestas las razones por las cuales no se comparte la postura esgrimida en la providencia del 15 de abril de 2020²³, la Sala ratifica que el control inmediato de legalidad procede únicamente respecto de actos administrativos que desarrollen decretos legislativos.

58. Finalmente, resulta pertinente disertar sobre si el decreto que declara el Estado de Excepción puede ser tenido o no como decreto legislativo susceptible de desarrollo mediante actos administrativos. Ello, por cuanto se evidencian posturas opuestas en los últimos pronunciamientos del Consejo de Estado.

59. Así, mediante auto del 31 de marzo de 2020²⁴, proferido por el consejero Oswaldo Giraldo López, se dijo que *«cuando el artículo 136 del CPACA se refiere a actos generales que desarrollen decretos legislativos, debe entenderse por estos últimos a los decretos con fuerza de ley que expide el Gobierno Nacional al amparo del decreto que declara el estado de excepción, sin que en ellos se encuentre comprendido el mismo “decreto legislativo” que hace dicha declaratoria, pues el desarrollo inmediato de éste no se produce a través de actos administrativos generales»*.

60. En sentido contrario, en providencia del 22 de abril de 2020²⁵, dictada por la consejera Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, se avocó el conocimiento del control inmediato de legalidad de un acto administrativo con el argumento de que era desarrollo del Decreto Legislativo 417 de 2020, que declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica.

61. Ante esa disyuntiva y en lo que interesa a este tribunal, la Sala acoge la postura según la cual el decreto que declara el Estado de Excepción no es susceptible de desarrollo mediante actos administrativos expedidos por autoridades territoriales. Las razones para preferir esa tesis se resumen a continuación.

²² Salvo que se advierta una vulneración a derechos fundamentales o violación flagrante de la Constitución.

²³ Expediente 11001-03-15-000-2020-01006-00.

²⁴ Expediente 11001-03-15-000-2020-00958-00.

²⁵ Expediente 11001-03-15-000-2020-01166-00.

62. Para que un decreto legislativo pueda ser desarrollado es indispensable que la parte resolutive permita ese desarrollo, de ahí que deba establecer mandatos, autorizaciones o, incluso, prohibiciones a ciertas autoridades, que ameriten el ejercicio de competencias normativas para lograr concretar lo dispuesto por el decreto legislativo. De ahí que, en concordancia con lo dicho en la parte final del párrafo 35 de esta providencia, el desarrollo del decreto legislativo implica la existencia de otro acto normativo que adopte decisiones tendientes a lograr su ejecución o aplicación.

63. Es posible que el decreto legislativo (o una parte de él) no requiera de otro acto normativo para conseguir las consecuencias concretas que desea, en cuyo caso no necesitará ser desarrollado.

64. En ese contexto, es necesario analizar la parte resolutive del decreto legislativo para verificar si las consecuencias concretas que se pretenden pueden ser satisfechas con o sin necesidad de otro acto normativo.

65. Dicho esto, debe mencionarse que el decreto que declara el Estado de Excepción contiene una decisión declarativa y persigue una única consecuencia: que el Gobierno Nacional pueda expedir decretos legislativos. Por consiguiente, los actos normativos que pueden desarrollar el decreto que declara el Estado de Excepción son los decretos legislativos, y no los actos administrativos.

66. En consonancia con lo anterior, la parte resolutive del Decreto 417 de 2020 autoriza al Gobierno Nacional para que pueda expedir decretos legislativos. Allí no se mencionó a las autoridades territoriales y, por ende, los actos administrativos que expidan estas autoridades no son desarrollo del decreto que declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica.

4.2. Caso concreto

67. El agente del Ministerio Público sostiene que la decisión de no asumir el conocimiento del control inmediato de legalidad del Decreto 038 de 2020 desconoce: i) el principio hermenéutico del efecto útil de las normas, ii) el principio de no distinción, iii) el deber funcional de juzgar, iv) la naturaleza particular del control judicial durante los estados de excepción y v) los postulados de conexidad y proporcionalidad.

68. De entrada, se advierte que todo el sustento argumentativo del recurso parte de la premisa de que el control inmediato de legalidad del Decreto 038 de 2020 no se asumió porque envolvía el ejercicio de una competencia ordinaria, y no de una extraordinaria.

69. De acuerdo con lo expuesto en el acápite precedente, el criterio material que determina la procedencia del control inmediato de legalidad no reposa en la naturaleza de las competencias ejercidas, sino en la naturaleza propia del acto: debe ser desarrollo de un decreto legislativo.

70. Es cierto que el desarrollo de un decreto legislativo puede conllevar al ejercicio de competencias extraordinarias, pero no siempre es así. Es posible que el ejercicio de una competencia ordinaria baste para desarrollar un decreto legislativo, en cuyo caso ese acto administrativo estaría sujeto a control automático de legalidad.

71. En ese sentido, el Ministerio Público sostiene que el Decreto 038 de 2020 es desarrollo del Decreto Legislativo 417 de 2020, que declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica. Como se vio en el acápite pertinente, el Decreto Legislativo 417 de 2020 no es, a juicio de la posición mayoritaria de la Sala, susceptible de ser desarrollado mediante actos administrativos expedidos por autoridades territoriales.

72. Ahora, llama la atención que el auto recurrido haya dicho que el Decreto 038 de 2020 reproducía las medidas adoptadas por el «Decreto Legislativo 457 de 2020» y, pese a ello, se negara a asumir el conocimiento del asunto. Sobre el particular, debe decirse que, en efecto, el Decreto 038 de 2020 reprodujo las medidas del Decreto 457 de 2020, relacionadas con el aislamiento preventivo obligatorio. Sin embargo, es importante precisar que el Decreto 457 de 2020 no es un decreto legislativo, sino un decreto ordinario.

73. Téngase en cuenta que la competencia del Gobierno Nacional para expedir el Decreto 457 de 2020 fue sustentada en las siguientes normas: i) el numeral 4 del artículo 189 de la Constitución Política, ii) los artículos 303 y 315 de la Constitución Política y iii) el artículo 199 de la Ley 1801 de 2016. Como se ve, no hizo alusión al artículo 215 de la Constitución Política, que regula lo concerniente al Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica. Además, el Decreto 457 de 2020 no fue suscrito por todos los ministros (requisito formal para la expedición de decretos legislativos) y no fue sometido a control por parte de la Corte Constitucional.

74. Y es que durante el Estado de Excepción el Gobierno Nacional tiene la potestad de expedir decretos legislativos (que tienen fuerza de ley), pero no por ello pierde la competencia para proferir decretos ordinarios. Siendo así, la elección del tipo de acto normativo a utilizar para imponer el aislamiento preventivo obligatorio (si se hacía mediante decreto legislativo o mediante decreto ordinario) era una decisión que le correspondía al Gobierno Nacional, y la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no puede alterar la naturaleza del acto con base en su contenido. Desde luego, el hecho que se haya impuesto el aislamiento preventivo obligatorio mediante decreto ordinario tiene implicaciones: por ejemplo, que ese acto normativo debe respetar la Constitución y el bloque de constitucionalidad, pero además no podrá ser contrario a la ley.

75. Con base en la precisión que viene de hacerse, se concluye que el Decreto 038 de 2020 no desarrolló un decreto legislativo, sino que lo que hizo fue reproducir un decreto ordinario. En efecto, el acto administrativo remitido para control impuso la medida de aislamiento preventivo obligatorio en el municipio de La Cumbre.

76. Esas razones serían suficientes para desestimar el recurso de súplica. No obstante, la Sala se pronunciará puntualmente frente a los argumentos del Ministerio Público.

77. No es cierto que se haya desconocido el principio hermenéutico del efecto útil de las normas jurídicas. En efecto, ese principio hermenéutico existe y ha sido invocado por la Corte Constitucional²⁶ y por el Consejo de Estado²⁷, pero no con el alcance que le da el agente de Ministerio Público.

78. La Corte Constitucional ha dicho que *«según este principio, en caso de perplejidades hermenéuticas, el operador jurídico debe preferir, entre las diversas interpretaciones de las disposiciones aplicables al caso, aquella que produzca efectos, sobre aquella que no, o sobre aquella que sea superflua o irrazonable»*²⁸.

79. Fíjese que el principio tiene operancia cuando, entre varias interpretaciones que se derivan de una disposición normativa, hay una o algunas que no producen efectos o que resultan superfluas o irrazonables. Ese principio no tiene cabida para preferir una interpretación que produzca más efectos que otra, cuando ambas sí los producen o cuando no se desprendan interpretaciones superfluas o irrazonables.

80. Esa precisión es importante porque el agente del Ministerio Público entiende de ese principio que *«cuando de una disposición jurídica deriven dos o más interpretaciones, una de la que se emanan efectos y otra en la que no los produce; o una en la que produzca más efectos que en otra, se habrá de preferirse aquella interpretación que produzca»*. Es desacertado afirmar que el principio hermenéutico de efecto útil sirve para privilegiar *«una [interpretación] en la que produzca más efectos que en otra»*, toda vez que ello generaría una distorsión de los efectos que producen las expresiones utilizadas en la disposición normativa y, de paso, podría cambiar completamente el sentido de las normas jurídicas.

81. En el caso bajo estudio, la expresión *«y como desarrollo de los decretos legislativos durante los Estados de Excepción»*, contenida en el artículo 136 de la Ley 137 de 1994, sí produce efectos jurídicos, pues, precisamente, permite someter al control inmediato de legalidad los actos administrativos que revisten esa naturaleza. Además, la interpretación según la cual el control inmediato de legalidad recae únicamente sobre los actos administrativos que desarrollen decretos legislativos dista de ser superflua e irrazonable.

82. No es cierto que se haya desconocido el principio de distinción. Como se explicó, la procedencia del control inmediato de legalidad no está dada por la distinción entre competencias ordinarias y competencias extraordinarias. La razón para no asumir el conocimiento del asunto consiste en que el Decreto 038 de 2020 no desarrolló un decreto legislativo, criterio que se desprende del tenor literal del artículo 20 de la Ley 137 de 1994 y que es utilizado por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

83. No es cierto que se haya desconocido el deber funcional de juzgar. Si bien es cierto la administración de justicia debe procurar que se adopten decisiones de fondo, no por ello deben admitirse y tramitarse hasta el final todos los asuntos que

²⁶ C-145 de 1994, C-499 de 1998 y C-569 de 2004.

²⁷ Auto del 25 de junio de 2014, expediente 25000-23-36-000-2012-00395-01 (49299), proferido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

²⁸ C-569 de 2004.

lleguen a conocimiento de las autoridades judiciales. Si desde el inicio de la actuación se advierte la improcedencia del control inmediato de legalidad, lo que corresponde es no asumir el conocimiento del asunto, en atención a los principios de economía y celeridad que rigen al interior de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

84. Ahora, para determinar la procedencia o improcedencia del control inmediato de legalidad era necesario analizar si el acto administrativo estaba desarrollando o no un decreto legislativo, y ello fue lo que se hizo. Esa circunstancia no puede asemejarse a una decisión de fondo, que deba esperar a la sentencia, puesto que: i) es una exigencia prevista en el numeral 3º del artículo 169 de la Ley 1437 de 2011²⁹ y ii) no se estaba definiendo si el acto administrativo se ajustaba al ordenamiento jurídico o no (examen de juridicidad).

85. **No se desconoció la naturaleza particular del control judicial durante los Estados de Excepción.** El control judicial que se activa en los Estados de Excepción impone enjuiciar de manera automática los decretos legislativos (a cargo de la Corte Constitucional) y los actos administrativos que desarrollen esos decretos legislativos (a cargo del Consejo de Estado y de los tribunales administrativos). Si bien el parámetro y la intensidad del control judicial varía y no es idéntico en un Estado de normalidad que en un Estado de Excepción, no por eso deben enjuiciarse actos que el legislador quiso dejar por fuera del control judicial (aquellos que no desarrollen decretos legislativos). Téngase en cuenta que, de conformidad con los artículos 6³⁰ y 121³¹ de la Constitución Política, las autoridades públicas no pueden ejercer competencias que no han sido asignadas por la Constitución y/o la ley.

86. **No es cierto que se hayan desconocido los postulados de conexidad y proporcionalidad.** Los juicios de conexidad y proporcionalidad son algunos de los parámetros decantados por la jurisprudencia para definir si los actos normativos expedidos durante los Estados de Excepción se ajustan al ordenamiento jurídico o no, es decir, son herramientas para llevar a cabo el control judicial material de esas decisiones. Claramente, la conexidad y la proporcionalidad no determinan que un acto administrativo deba tenerse como desarrollo de un decreto legislativo.

87. Queda resuelto, entonces, el problema jurídico propuesto: le asiste razón al magistrado Jhon Erick Chaves Bravo al no asumir el conocimiento del control inmediato de legalidad del Decreto 038 de 2020, pues ese acto administrativo no es susceptible de ese control judicial. En consecuencia, se confirmará el auto del 31 de marzo de 2020.

²⁹ ARTÍCULO 169. RECHAZO DE LA DEMANDA. Se rechazará la demanda y se ordenará la devolución de los anexos en los siguientes casos:

(...)

3. Cuando el asunto no sea susceptible de control judicial.

³⁰ ARTÍCULO 6o. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

³¹ ARTÍCULO 121. Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley.

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca

RESUELVE:

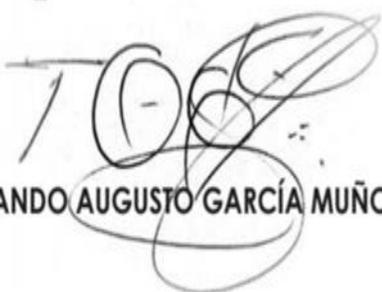
PRIMERO: CONFIRMAR el auto del 31 de marzo de 2020, proferido por el magistrado Jhon Erick Chaves Bravo, de conformidad con las razones expuestas en esta decisión.

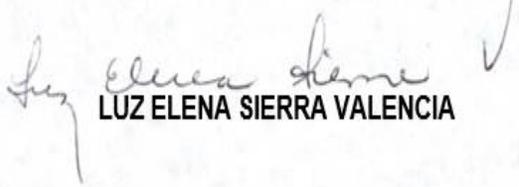
SEGUNDO: Por secretaría, **NOTIFICAR** esta providencia por vía electrónica a la autoridad remitente (municipio de La Cumbre) y al delegado del Ministerio Público. Además, **ORDENAR** que esta providencia se publique en la página web de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y en la página web del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, para conocimiento de la comunidad.

TERCERO: DEVOLVER el expediente al despacho de origen, con las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

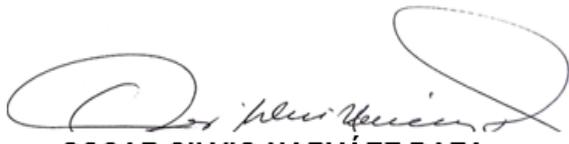

PATRICIA FEUILLET PALOMARES


FERNANDO AUGUSTO GARCÍA MUÑOZ


LUZ ELENA SIERRA VALENCIA


VÍCTOR ADOLEO HERNÁNDEZ DÍAZ
Magistrado


EDUARDO ANTONIO LUBO BARROS


OSCAR SILVIO NARVÁEZ DAZA

Radicado: 76001-23-33-000-2020-00276-00
Medio de Control: Control Inmediato de Legalidad
Acto administrativo: Decreto 038 de 2020
Autoridad: Municipio de La Cumbre
Resuelve recurso de súplica



ZORANNY CASTILLO OTALORA
Magistrada
Salva Voto



ANA MARGOTH CHAMORRO BENAVIDES
Magistrada
Salva Voto



OMAR EDGAR BORJA SOTO
Salva Voto



RONALD OTTO CEDEÑO BLUME
Salva Voto

PAAT



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA

SALVAMENTO DE VOTO

MEDIO DE CONTROL	CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD
ACTO ADMINISTRATIVO	DECRETO 038 DEL 23 DE MARZO DE 2020 DEL MUNICIPIO DE LA CUMBRE
RADICACIÓN	76001-23-33-000-2020-00276-00

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala, comedidamente salvo voto en el presente asunto, pues en mi criterio debió revocarse la providencia del 31 de marzo de 2020, para en su lugar ordenar avocar el conocimiento mediante el medio de control inmediato de legalidad del Decreto 038 del 23 de marzo de 2020 del municipio de La Cumbre. Mis razones son las siguientes:

Contrario a lo sostenido por la Sala en la providencia de la cual me aparto, donde se dice que el Decreto 038 del 23 de marzo de 2020 del municipio de La Cumbre no desarrolla los Decretos Legislativos dictados por el Presidente durante la declaratoria del estado de excepción, considero que dicho análisis debe realizarse al momento de proferir la sentencia judicial y no en forma prematura en la etapa inicial del proceso.

En efecto, decidir no avocar el conocimiento y, por ende, archivar el expediente en la primera providencia que se expide dentro del medio de control inmediato de legalidad, constituye a mi parecer una forma de anticipar la sentencia con efectos negativos, en perjuicio del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, que como se sabe tiene un reconocimiento no solo constitucional en nuestro ordenamiento jurídico (artículos 1º, 2º, 29º y 229 CN), sino también convencional, pues los artículos 8º y 25.1 de la Convención Americana de los Derechos Humanos así lo contemplan.

Ahora bien, el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, a mi modo de ver se quebranta cuando en el medio de control inmediato de legalidad el Juez, *ab initio* decide en forma anticipada no avocar el conocimiento del mismo y archivar el expediente, realizando consideraciones jurídicas que deben ser expuestas en la sentencia, luego de agotado todo el procedimiento legal.

No sobra advertir que el agotamiento de todo el procedimiento en estos procesos es particularmente relevante desde el punto de vista constitucional y convencional, pues según las voces del artículo 185 del CPACA, su trámite legal está diseñado con notable informalidad, al punto que no requiere de una demanda para su inicio y, lo más importante, para su resolución es fundamental, luego de avocado el conocimiento, que todos los ciudadanos puedan intervenir libremente para defender o impugnar el acto administrativo en estudio, lo que significa que es un medio de control judicial democrático y abierto a una alta dosis de participación ciudadana, que solo se materializa si la jurisdicción contenciosa administrativa avoca su conocimiento para decidir lo pertinente en la sentencia judicial.

De allí que discrepo de lo dicho por la Sala, que afirma que en estos procesos debe seguirse el principio de justicia rogada. Discrepo porque dicho principio no puede tener cabida en procesos que como los de control inmediato de legalidad, no requieren demanda para su inicio y que incluso pueden ser asumidos de oficio.

La oportunidad que tienen los ciudadanos de pronunciarse, a favor o en contra, es un factor trascendental de garantía de acceso a la justicia en los procesos de control inmediato de legalidad, pues es la comunidad la que mejor puede explicar al Juez los efectos reales de los actos administrativos en debate, justamente para que el Juez de lo contencioso administrativo pueda sopesar más allá de la formalidad del acto estudiado, si se ajusta o no al ordenamiento jurídico como desarrollo del estado de excepción, lo cual no es posible si ni siquiera se avoca el conocimiento del proceso.

De modo que no comparto lo decidido por la Sala en el *sub lite*, pues el análisis de si el Decreto 038 del 23 de marzo de 2020 del municipio de La Cumbre fue expedido o no en desarrollo de los Decretos Legislativos dictados por el Presidente de la República durante la declaratoria del estado de excepción, debió en mi sentir ser resuelto en la sentencia judicial, con el fin de hacer efectivo el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia.

Es de anotar que la Corte Constitucional en la sentencia C-179 de 1994, al revisar el artículo 20 de la Ley 137 de 1994, si bien definió éste medio de control automático como aquel que revisa los actos administrativos que se expidan como desarrollo de los Decretos Legislativos dictados por el Presidente de la República durante los estados de excepción, no determinó qué tipo o grado de desarrollo deben incluir los actos administrativos para ser sujetos de control de éste medio de control, ni tampoco la etapa procesal donde debe hacerse el análisis completo, que en mi sentir es en la sentencia.

Sobre el particular es de anotar que el Consejo de Estado¹ ha señalado que al abordar el estudio preliminar de estos procesos, para decidir si se avoca su conocimiento, debe aplicarse el principio de primacía de lo sustancial sobre lo formal, de modo que basta con que exista una relación de causalidad, al menos prima facie, entre el acto estudiado y el estado de excepción para iniciar su trámite.

Así que, en mi opinión y apoyado en algunos pronunciamientos del Consejo de Estado, considero que es factible avocar el conocimiento de los procesos de control inmediato de legalidad, siempre y cuando los actos administrativos estudiados sean de carácter general y hayan sido expedidos a partir de la declaratoria de emergencia², para resolver lo demás en la sentencia judicial.

Atentamente,



RONALD OTTO CEDEÑO BLUME
Magistrado

¹ Consejo de Estado, Sala Especial de Decisión No. 4, auto del 22 de abril de 2020, radicado No. 2020-01166, Consejera Ponente Dra. **LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ**.

² Consejo de Estado, Sección Segunda, autos del 15 y 20 de abril de 2020, radicados No. 2020-01006 y 2020-01139, Consejero Ponente Dr. **WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ**



TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA

MEDIO DE CONTROL: CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD DE DECRETO 038 DEL 23 DE MARZO DE 2020
ENTIDAD REMITENTE: MUNICIPIO DE LA CUMBRE VALLE
RADICACIÓN: 76001-23-33-000-2020-00276-00
PROVIDENCIA: SALVAMENTO DE VOTO

Con el respeto acostumbrado por las decisiones mayoritarias de la Sala Plena de la Corporación, debo apartarme de la adoptada en el proceso de la referencia y como quiera que reiteradamente he fijado los argumentos de mi descenso en los procesos de control de legalidad 2020-00307, 2020-00257, 2020-00297, 2020-00282, 2020-00330, entre otros, a los cuales remito, sólo condensaré tres ideas centrales, así:

1.- La posición mayoritaria avala un control formal que soslaya el principio de integralidad¹ del control automático de legalidad, desconociendo la voluntad del legislador de que el Juez de la administración la controle de manera oficiosa, autónoma, inmediata, efectiva y con efectos de cosa juzgada relativa de ser necesario, para evitar, so pretexto de circunstancias excepcionales el abuso de las competencias administrativas o la restricción desproporcionada o irracional de los derechos de los ciudadanos².

2.- La mayoría de la Sala entiende que el control inmediato de legalidad desplaza los medios ordinarios (nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho), en detrimento de la tutela judicial efectiva de los ciudadanos, tesis contraria a la que pregonan la Corte Constitucional en la sentencia C-179 de 1994 que admite concurrentes los diferentes medios de control, esto es que asumir el control inmediato no hace nugatorios los medios ordinarios, si algún ciudadano quiere hacer uso de ellos, precisamente porque los criterios de valoración en cada uno son diferentes, así como los efectos de la decisión.

3.- A diferencia de las ponencias iniciales en los procesos reseñados al inicio, en los que igualmente salvé el voto, en esta ponencia se afirma que el decreto que declara el estado de excepción no puede ser desarrollado de manera directa por las entidades territoriales a menos que en él se ordene tal desarrollo.

Me aparto diametralmente de tal argumento, por una parte, porque el legislador en el artículo 20 de la ley 137 de 1994 no establece tal distinción³ y además, la Corte Constitucional en sentencia C-070 de 2009 estableció que el control automático de los decretos legislativos dictados por el

¹ (ii) Su integralidad, en la medida en que los actos enjuiciados “deben confrontarse con todo el ordenamiento jurídico”¹ y la fiscalización que debe acometer el juez administrativo respecto del acto respectivo incluye “... la revisión de aspectos como la competencia para expedirlo, el cumplimiento de los requisitos de forma y de fondo, la conexidad de las medidas que se dictan con las causas que dieron origen a su implantación, el carácter transitorio y la proporcionalidad de las mismas, así como su conformidad con el resto del ordenamiento jurídico, siempre bajo el entendido de que ellas hacen parte de un conjunto de medidas proferidas con la exclusiva finalidad de “conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos” C-179/94.

² Ver entre otras: C-179 de 1994. C-366 de 1994, C-216 de 1999 y C-156 de 2011

³ **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.

ejecutivo dentro de los estados de excepción incluye, el que la declara, entonces, *mutatis mutandis*, el control que por competencia nos fue asignado incluye el de aquellos actos territoriales que se expidan como desarrollo directo del estado de emergencia y bastaría con éste para en el caso concreto soportar las condiciones excepcionales que debe definirse ya en la sentencia si ameritaban o no la adopción de las medidas de aislamiento que decretó el alcalde municipal de La Cumbre Valle.

Finalmente, el Alcalde Municipal de La Cumbre Valle reprodujo las normas de aislamiento contenidas en el decreto nacional 457 del presente año, que en mi criterio tiene fuerza material de ley en la medida en que su contenido es desarrollo expreso de la emergencia decretada con fundamento en el artículo 215 constitucional en el decreto legislativo 417 de 2020, restringe derechos fundamentales y sociales de manera intensa, en todo el territorio nacional y con prelación a las medidas de policía que determinen las autoridades locales, situaciones que hace no sólo procedente sino necesario el control inmediato.

En estos términos el motivo de mi disenso,

Cordialmente,



ZORANNY CASTILLO OTALORA
Magistrada

Fecha et supra

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA
DESPACHO 11

Santiago de Cali, trece (13) de mayo de dos mil veinte (2020).

Señores Magistrados
SALA PLENA TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL VALLE
La ciudad.

Proceso No : 76001-33-33-000-2020-00276-00
Acción : CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD
Decreto : DECRETO 038 DE 23 DE MARZO DE 2020
Municipio : LA CUMBRE (V)
Instancia : UNICA

SALVAMENTO DE VOTO

Presento mi salvamento de voto con el siguiente argumento:

El Alcalde Municipal de La Cumbre (V) dictó el Decreto 038 del 23 de marzo de 2020 por medio del cual adopta en el Municipio las medidas del Decreto 457 de 2020.

La Sala Unitaria sostiene que “si bien en el mismo se replican las medidas contenidas en el Decreto Legislativo 457 de 2020, lo cierto es que como bien lo menciona dicha decisión legislativa, las mismas son medidas ordinarias de policía para atender la emergencia sanitaria del COVID-19”.

La mayoría de la Sala Plena, a su turno, estima que “el Decreto 457 de 2020 no es un decreto legislativo, sino un decreto ordinario”, por lo tanto no afirmarse que el decreto local es desarrollo de un decreto legislativo, presupuesto del medio de control.

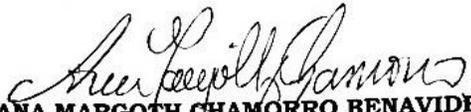
Me aparto de su postura toda vez que, si bien desde el punto de vista formal podría decirse que los Decretos 418, 420 y 457 de 2020 no son decretos legislativos porque no están encabezados como tal, ni tienen la firma de todos los ministros como en rigor exige el artículo 215 constitucional, en sentido material si lo son porque se refieren a materias que tienen relación directa y específica con el estado de excepción de que trata el Decreto 417 y contienen amplias restricciones a los derechos fundamentales, medidas que no están autorizadas en el marco legislativo ordinario.

Considero que la legalidad del decreto local debe analizarse en el marco de las normas de emergencia y al interior del mecanismo judicial principal que para el efecto consagró la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción.

De este modo, estimo que la decisión recurrida debió ser revocada, para asumir el conocimiento y permitir el análisis del acto administrativo por parte de la Sala Plena del Tribunal como reclama el Ministerio Público.

Dejo sustentado mi salvamento de voto.

Atentamente,


ANA MARGOTH CHAMORRO BENAVIDES
Magistrada



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA

Medio de Control	Control inmediato de legalidad.
Ref. Proceso:	76001-23-33-000-2020-00276-00
Acto administrativo	Decreto 038 de 2020
Autoridad	Municipio de La Cumbre
Magistrado Ponente:	PATRICIA FEUILLET PALOMARES
Asunto:	SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO OMAR EDGAR BORJA SOTO

Con todo comedimiento me permito expresar mi salvamento de voto por las siguientes razones:

La razón fundamental que tuvo la Sala Plena para no avocar el conocimiento del asunto de la referencia surgió con ocasión de la interpretación literal del artículo 20 de la Ley 137 de 1994 y del artículo 136 de la Ley 1437 de 2011, concluyendo que este mecanismo de control inmediato de legalidad solo conoce de los actos expedidos en **desarrollo** de los decretos legislativos expedidos por el Presidente de la República encaminadas a permitir la ejecución o aplicación del decreto legislativo.

El control automático de legalidad constituye **garantía para los derechos** de los ciudadanos y sirve para el mantenimiento de la legalidad en el estado de derecho, tanto en abstracto (en sentido amplio, el cual comprende la sujeción del Estado a la constitución y a las demás normas jurídicas), como en concreto (derechos intangibles y libertades fundamentales) frente a los poderes de la rama ejecutiva del poder público o de otros órganos autónomos e independientes del Estado e incluso contra actos administrativos de la misma rama judicial, durante los estados de excepción, impidiendo la aplicación de normas inconstitucionales o ilegales a fin de evitar la arbitrariedad.

En el auto de la referencia no se precisa que significa la expresión “en desarrollo de los decretos legislativos”, lo cual se concreta en la expedición de reglamentos, en este caso, a nivel territorial (Departamental, distrital o municipal) o la ejecución al mismo nivel. Los organismos territoriales (de la administración central o descentralizada por servicios) cumplen función administrativa –al no cumplir función judicial ni legislativa- y por ende sus actos administrativos pueden ser reglamentarios o de ejecución administrativa.

No obstante a lo anterior, tal interpretación a pesar de resultar válida y coherente con la lectura formal de la norma proferida en 1994 – **hace ya más de 25 años-**, resulta restrictiva a la luz de nuestro ordenamiento jurídico actual y a los principios que impone nuestra Constitución Política de 1991.

Sea lo primero señalar que al no precisar la corporación el significado de la palabra “en desarrollo”, desde ahora avizora esta magistratura los posibles inconvenientes en los que nos encontraremos en un futuro, al impedir el conocimiento de este asunto bajo este único argumento, sin haberse expresado de forma clara lo que hay lugar a conocer y lo que a su juicio no. Según la Real Academia de la Lengua Española la palabra “**desarrollo**” hace referencia a “**augmentar** o reforzar algo de orden físico, intelectual o moral”.

Desarrollar un decreto legislativo se puede hacer a través de una reglamentación de segundo grado, o la remisión al texto mismo del decreto legislativo, o la simple ejecución a nivel local o la reproducción parcial y/o la complementación del mismo, a nivel local.

Con fundamento en lo anterior, expresaré las razones de mi salvamento en los siguientes términos:

1. **El control inmediato de legalidad** tiene las siguientes características:

- Es excepcional, únicamente durante los estados de excepción;
- Procede contra actos administrativos de carácter general en ejercicio de la función administrativa expedidos a nivel nacional o territorial.
- El control **comprende análisis** del acto administrativo frente a
 - ✓ la ley 137 de 1994 (normas generales) y normas especiales de cada régimen de excepción
 - ✓ el acto matriz que decreto la emergencia (incluso parte motiva)
 - ✓ los decretos legislativos que desarrollan el decreto ley matriz relacionados con el acto objeto de control.
- Se rige por los principios de **control integral** y por el de **unidad normativa** (parágrafo art. 135 CPACA y Sentencia Corte Constitucional C-415/12), sin embargo, el control integral, por lo complejo, no puede ser completo ni absoluto por la confrontación frente al todo el ordenamiento jurídico.
- Es procedente la aplicación del **principio de tutela judicial efectiva** prevista en el derecho convencional con fundamento en los artículos 8 (sobre

garantías procesales) y 25.1 (protección judicial) de la Convención Americana de los Derechos Humanos.

- Es ajusta a su naturaleza la medida cautelar **de urgencia (art. 234 CPACA)** de **suspensión provisional del acto administrativo objeto de control** en razón a la duración limitada en el tiempo de los estados de excepción y en particular el límite constitucional del estado de emergencia (inciso primero art. 215 de la C.P.). Su decisión en el auto de avoca conocimiento corresponde al magistrado sustanciador.
- **La decisión final sobre el control de legalidad** está reservada a la Sala Plena del Tribunal y **hace tránsito a cosa juzgada relativa**.

Sobre las características procesales y sustanciales del control inmediato de legalidad, el Consejo de Estado¹ ha precisado:

“38. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado² ha señalado que son atribuibles a este proceso judicial las siguientes características:

*38.1. **Se trata de un proceso judicial**, por lo tanto, la naturaleza del acto que lo resuelve es una sentencia, porque la competencia atribuida a la jurisdicción es la de decidir sobre la legalidad del mismo, lo cual corresponde hacer a través de aquella.*

*38.2. **El control es automático o inmediato**, porque tan pronto se expide la norma el Gobierno Nacional debe remitirlo a esta jurisdicción para ejercer el examen de legalidad correspondiente. Ahora, esta clase de control tiene las siguientes características:*

*38.2.1. **No impide la ejecución de la norma**, pues hasta tanto se anule permanece dotada de la presunción de validez que acompaña a los actos administrativos.*

*38.2.2. **No es requisito que se encuentre publicado** en el diario o gaceta oficial para que proceda el control, ya que una cosa es la existencia del acto y otra su publicidad con fines de oponibilidad y exigibilidad. En tal sentido, la condición para que pueda controlarse es que se haya expedido, no que esté produciendo efectos.*

*38.2.3. También es automático o inmediato porque **no se requiere de una demanda** de nulidad para que la jurisdicción asuma el control. Por el contrario, la jurisdicción aprehende el acto, para controlarlo, aún contra la voluntad de quien lo expide, y **sin limitación en cuanto a la legitimación por activa o por pasiva**, ya que quien ordena hacer el control es la ley misma, no una demanda formal.*

*38.2.4. **Se trata de una competencia muy particular**, en comparación con el común de las acciones contenciosas, comoquiera que el tradicional principio de la “jurisdicción rogada” -que se le ha atribuido a esta jurisdicción-, sufre en este proceso una adecuada atenuación en su rigor, en la medida que en esta ocasión **no se necesita de una acción, ni de criterios o argumentos que sustenten la legalidad o ilegalidad**. Por el contrario, basta con que la ley haya asignado a esta jurisdicción la competencia para controlar el acto, para*

¹ SECCIÓN PRIMERA, Consejero ponente: HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ, 26 de septiembre de 2019, Radicación: 11001-03-24-000-2010-00279-00, Actor: Blanca Cecilia Sarmiento de Ramírez, Demandado: Nación –Ministerio de la Protección Social (Hoy Ministerio de Salud y Protección Social)

² Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 9 de diciembre de 2009, C.P. Enrique Gil Botero, número único de radicación 11001-03-15-000-2009-00732-00.

que proceda a hacerlo. En otras palabras, en este evento la jurisdicción **conoce de manera oficiosa** del asunto.
(...)

38.3. **El control es integral** en relación con los decretos legislativos respectivos y el artículo 215 de la Constitución Política, pese a que la norma no lo señala en forma expresa, pero necesariamente debe ser así, pues si no opera por vía de acción –toda vez que es oficioso- resulta lógico que el juez asuma el control completo de la norma.

39. En efecto, comoquiera que **no hay demanda que enmarque o delimite las cuestiones a examinar**, la Sala ha considerado que el **control es integral** en tanto cubija tanto la competencia como los **aspectos formales y de fondo**, y que en este último **abarca el bloque normativo** que sirve de contexto y fundamento al acto administrativo general de que se trate, luego la cosa juzgada de la sentencia se circunscribirá a ese bloque normativo, que en este caso es la Constitución Política, la Ley 137 de 1994 así como los decretos legislativos y las normas legales que con ocasión del respectivo estado de excepción se desarrollan o sean pertinentes a la materia de que trata el acto sometido a este control.”(negritas no son del texto original)

La misma sentencia³, antes citada en relación con el **alcance del control de legalidad de los actos administrativos, y particularmente lo que comprende dicho control, expresó:**

“42. En suma, al realizarse el control automático o inmediato de legalidad se produce una **cosa juzgada parcial que abarca el bloque normativo** que sirve de contexto y fundamento al acto administrativo general de que se trate, es decir, **la Constitución Política, la Ley 137, así como los decretos legislativos y las normas legales que con ocasión del respectivo estado de excepción se desarrollan o sean pertinentes a la materia** de que trata el acto sometido a este control sin que dicho control excluya el control ordinario propio de la Jurisdicción Contencioso Administrativo.

La Sala Plena del Consejo⁴ de Estado al establecer que comprende el examen de legalidad, puntualizó:

“**El examen de legalidad** se realiza mediante la confrontación del acto administrativo con las normas constitucionales que permiten la declaratoria de los estados de excepción (artículos 212 a 215 de la Constitución Política), la ley estatutaria de los estados de excepción (Ley 137 de 1994) y los decretos expedidos por el Gobierno Nacional con ocasión de la declaratoria del estado de excepción.

Más adelante, agregó la misma providencia antes citada sobre el “control integral” de este medio de control, los siguientes aspectos:

“**Es integral**, por cuanto es un juicio en el que se examina **la competencia** de la autoridad que expidió el acto, **la conexidad del acto 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 los efectos del estado de excepción.”(nerilla no es del texto)

³ SECCIÓN PRIMERA, Consejero ponente: HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ, 26 de septiembre de 2019, Radicación: 11001-03-24-000-2010-00279-00, Actor: Blanca Cecilia Sarmiento De Ramírez, Demandado: Nación –Ministerio de la Protección Social (Hoy Ministerio de Salud y Protección Social)

⁴ SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Consejero ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS, 5 de marzo de 2012, Radicación: 11001-03-15-000-2010-00369-00(CA), Actor: GOBIERNO NACIONAL, Demandado: DECRETO 861 DE 2010.

La misma Corporación, en Sala Plena,⁵ sobre los aspectos que comprende el control, indicó la conformidad del acto administrativo con el resto del ordenamiento jurídico al consagrar:

“En primer orden es necesario anotar que la Sala para efectos del Control Inmediato de Legalidad no se limitará a la mera confrontación de la norma sometida a control con el decreto legislativo que reglamenta, sino que además, como corresponde el examen comprenderá la eventual transgresión del ordenamiento jurídico en los aspectos que serán objeto de estudio.

Sobre este tema ha definido la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo:

“...el control de legalidad que ejerce esta jurisdicción sobre los actos administrativos de carácter general dictados en desarrollo de los decretos legislativos expedidos durante los Estados de Excepción es integral, es decir, incluye la revisión de aspectos como la competencia para expedirlo, al cumplimiento de los requisitos de forma y de fondo, la conexidad de las medidas que se dicten con las causas que dieron origen a su implantación, el carácter transitorio y la proporcionalidad de las mismas, así como su conformidad con el resto del ordenamiento jurídico, siempre bajo el entendido de que ellas hacen parte de un conjunto de medidas proferidas con la exclusiva finalidad de "conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos.”⁶ (Negrillas fuera del texto)

2. El Consejo de Estado⁷ en ejercicio del control inmediato de legalidad, en auto que no avocó el conocimiento respecto de un acto administrativo nacional, ratificó lo aquí expresado y en particular, sobre el **derecho a la tutela judicial efectiva** señaló:

“ (...)

*De acuerdo con lo precedente, este despacho considera que desde el punto de vista **convencional y constitucional**, el medio de control inmediato de legalidad definido en los artículos 20 de la Ley Estatutaria 137 de 1994 y 136 del CPACA tiene como esencia el **derecho a la tutela judicial efectiva**, y ante la situación excepcional y extraordinaria generada por la pandemia de la covid-19, es posible **extender el control judicial a todas aquellas medidas de carácter general dictadas en ejercicio de la función administrativa** que no solo se deriven de los decretos legislativos emitidos por el Gobierno Nacional.*

*Esto significa que **los actos generales emanados de las autoridades administrativas que tengan relación directa o indirecta con las medidas necesarias para superar el estado de emergencia**, aunque también pudieran fundamentarse en las competencias definidas en el ordenamiento en condiciones de normalidad, dadas las circunstancias excepcionales, **puede suceder que se presente la confluencia de propósitos y la superposición de competencias**, lo cual autoriza al juez del control inmediato que avoque el conocimiento con el fin de garantizar la tutela judicial efectiva.*

*Esta tesis se fundamenta 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*

⁵ SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Consejero ponente: MAURICIO TORRES CUERVO, 22 de febrero de 2011, Radicación: 11001-03-15-000-2010-00452-00(CA), Actor: GOBIERNO NACIONAL, Demandado: Ministerio de la Protección Social

⁶ Sentencia de 3 de mayo de 1999, exp. CA- 011, Consejero ponente doctor Ricardo Hoyos Duque.

⁷ C.E. Sección Segunda, Subsección A, del 14 de abril de 2020, con ponencia del doctor William Hernández Gómez, expediente 2020-01006-00,

obligatoria desde el 24 de marzo de 2020, con la restricción de su libertad 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.”(negritas no son del texto original)

A juicio de los demás miembros de la Corporación, tal postura proferida por uno de los miembros del Consejo de Estado, “no es una medida **idónea** ni **proporcionada**”, la primera por cuanto “no es una solución efectiva” y la segunda, atendiendo al “principio de justicia rogada”, en tanto que los actos pueden demandarse a través del medio de control de simple nulidad.

Frente a ello, es oportuno hacer las siguientes precisiones:

i) La palabra “**idónea**” según la Real Academia Española, hace referencia a lo “adecuado y apropiado **para algo**”, por tanto, contrario a lo señalado por la Sala Plena, este medio de control si es idóneo con ocasión y en virtud de los hechos actuales suscitados por la pandemia COVID-19, que ineluctablemente conllevan a asumir nuevos retos, si se quiere, hasta de interpretación normativa con el fin de tratar de superar los cambios que imponen la crisis actual, por el ejemplo, el aislamiento obligatorio.

Es por ello que, a pesar de ser de público conocimiento que los Despachos judiciales se encuentran con suspensión de términos y se impide que los ciudadanos puedan acudir a los estrados judiciales a demandar los actos que a juicio de este Tribunal no deban conocerse, no es admisible que se siga señalando que lo verdaderamente idóneo es acudir cuando ya la crisis pase y nos encontremos ante un hecho superado.

Precisamente, lo que se busca a través de este medio de control es garantizar que los gobernantes no expidan medidas que restrinjan los derechos intangibles ni los contemplados en el Derecho Internacional Humanitario, o las libertades fundamentales de las personas y los derechos sociales de los trabajadores, los cuales no pueden suspenderse ni desmejorarse según lo consagran los artículos 212 a 215 de la Constitución. Por tanto, no se puede pregonar que la solución no es idónea, cuando ni siquiera se plantea otra propuesta actualmente realizable.

ii) Frente al principio de la justicia rogada, valga recalcar que en este medio no hay demanda, ni demandante, ni pretensiones, es una acción automática de

control excepcional con participación ciudadana y, por tanto, el control que se realiza a pesar de ser integral no es absoluto.

Al respecto, el Consejo de Estado en Sala Plena⁸ - sobre el tema, señaló:

“En el último tiempo, la Sala Plena⁹ ha venido precisando que el **control** es **compatible** con la **acción pública de nulidad** (artículo 84 del C.C.A), que puede intentar cualquier ciudadano para cuestionar los actos administrativos de carácter general.

De modo que el acto administrativo puede demandarse en acción de nulidad, posteriormente, siempre que se alegue la violación de normas diferentes a las examinadas en el trámite del control inmediato de legalidad. Por igual, la acción de nulidad por inconstitucionalidad, prevista en el artículo 237-2 de la C.P., resulta apropiada para cuestionar la validez de los actos administrativos expedidos en desarrollo de los decretos legislativos y a la luz de la Constitución.

Por eso, si bien el control pretende ser integral, no es completo ni absoluto.

d) La sentencia que decide el control de legalidad hace tránsito a cosa juzgada relativa. En cuanto a esta característica, la Sala¹⁰ ha dicho:

“Por ello los fallos que desestiman la nulidad de los actos objeto de control o que la decretan sólo parcialmente respecto de algunos de sus preceptos, aunque tienen efecto erga omnes, esto es oponible a todos y contra todos, por otro lado, tienen la autoridad de cosa juzgada relativa, es decir, sólo frente a los ítems de ilegalidad analizados y decididos en la sentencia.

En síntesis, la decisión adoptada en un fallo desestimatorio, en estos casos, en tanto se contrae a un estudio de legalidad limitado dado su carácter oficioso, ajeno a la naturaleza dispositiva del control judicial asignado a la justicia administrativa, no implica el análisis de todos los posibles motivos de contradicción con normas superiores y -por lo mismo- no es óbice para que a futuro se produzca otro pronunciamiento, que verse sobre reproches distintos que puedan edificarse sobre la misma norma.”

De esta forma, a pesar que el argumento se sustenta en el aparente principio de justicia rogada del que se pregona de los medios ordinarios, nótese que el estudio mediante este Control inmediato de legalidad hace tránsito a cosa juzgada relativa, es decir, sólo frente a los ítems de ilegalidad analizados y decididos en la sentencia y por tanto, ello no impediría, como lo quiere ver la Sala de Decisión que los ciudadanos acudiesen a los medios ordinarios.

Entre otras cosas, valga recordar que el mencionado postulado, jamás puede estar por encima del principio de la supremacía de la constitución, que es en

⁸ Consejero ponente: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, cinco (5) de marzo de dos mil doce (2012) Radicación: 11001-03-15-000-2010-00369-00(CA),

⁹ Ver., entre otras, las siguientes sentencias: - Del 7 de febrero de 2000; Expediente: CA-033. Magistrado Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez. - Del 20 de octubre de 2009, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, expediente N° 2009-00549. - del 9 de diciembre de 2009, M.P. Enrique Gil Botero, expediente N° 2009-00732.

¹⁰ Sentencia del 23 de noviembre de 2010, expediente N° 2010-00196, M.P. Ruth Stella Correa Palacio

últimas el pilar fundamental en que se sustenta este salvamento, al respecto, la Corte Constitucional indica:

*“Aquí también resulta aplicable lo expresado por el Presidente del Consejo de Estado en su escrito de intervención en este proceso, cuando afirma que es evidente que **este postulado “de justicia rogada”, “debe ceder frente a la obligación, a cargo del Juez Contencioso Administrativo, de hacer cumplir el principio de supremacía de la Constitución, pues resulta claro que la eficacia del mandato contenido en el artículo 4 superior no puede quedar supeditada a la formulación de alegaciones por parte de los sujetos intervinientes en un proceso, si la autoridad judicial contrasta la contrariedad entre el acto cuestionado y la Carta Política”, citando para el efecto jurisprudencia de esta Corte, donde se manifiesta que “tratándose de derechos fundamentales de aplicación inmediata, el juez administrativo a efecto de asegurar su vigencia y goce efectivos debe aplicar la correspondiente norma constitucional, en forma oficiosa, así la demanda no la haya invocado expresamente”.***

Es por ello, que no es aceptable traer a colación el principio de la justicia rogada, como si lo que se quisiese fuera que a través de este medio de estudiara de forma general y/o absoluta el control del acto. No, lo que se busca es garantizar que, a través de los mismos, no se afecten los derechos humanos y las libertades constitucionales, pudiéndose se reitera, acudir cuando sea posible, a los mecanismos ordinarios y realizar un estudio, ahora sí, por los cargos no analizados y pretendidos por las partes.

Así pues, con respeto a la posición mayoritaria, considero que no son lo suficientemente fuertes los argumentos planteados por la Sala Plena de Decisión para soslayar tanto la interpretación del Consejo de Estado proferida por un magistrado Ponente, como los aquí expuestos.

En conclusión, sujetar el control de los decretos territoriales, según el ponente, al hecho de considerar subjetivamente, que no desarrollen decretos legislativos, conforme al art. 20 de la ley 137 de 1994, es un análisis limitado y restrictivo, pues tal análisis, como lo indica su nombre, es control de “legalidad”, lo que implica que deba confrontarse el acto administrativo frente a ley 137 de 1994, frente al Decreto Legislativo matriz (D. 417/2020) y frente a los decretos legislativos que desarrollen el matriz, según la materia reglamentada por el acto administrativo objeto de control y tal examen no puede hacerse en el simple estudio preliminar de avocar el conocimiento de un acto administrativo territorial en ejercicio de este tipo de control excepcional.

Resáltese que la parte motiva Decreto 417/20 matriz de emergencia económica, en el aparte titulados “medidas”, consagró::

Que una de las principales medidas, recomendadas por la Organización Mundial de la Salud, es el distanciamiento social y aislamiento, para lo cual, las tecnologías de la información y las comunicaciones y los servicios de comunicaciones, en general, se convierten en una herramienta esencial para permitir la protección la vida y la salud de los colombianos.

En el caso concreto, El auto que no avoco el conocimiento argumentó que el “Decreto No. 038 del 23 de marzo de 2020 expedido por el Municipio de La Cumbre- Valle *“por medio del cual se imparten instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del coronavirus covid-19 y el mantenimiento del orden público en el municipio de La Cumbre, Valle”*, se advierte que si bien en el mismo se replican las medidas contenidas en el Decreto Legislativo 457 de 2020, lo cierto es que como bien lo menciona dicha decisión legislativa, las mismas son medidas ordinarias de policía para atender la emergencia sanitaria del COVID-19. Por lo anterior, el Decreto No. 038 del 23 de marzo de 2020 remitido por el Municipio de La Cumbre- Valle no es susceptible del control inmediato de legalidad de que tratan los artículos 20 de la Ley 137 de 1994 y 136 de la Ley 1437 de 2011, sin perjuicio de que pueda ser demandado a través de los demás medios de control que prevé el CPACA. Por consiguiente, el Despacho no asumirá el conocimiento del mismo, por las razones expuestas.”

Ahora bien si se examina los decretos que han ordenado el aislamiento preventivo obligatorio se observa lo siguiente:

- El **Decreto 457 del 22/03-20** suscrito por el Presidente, 12 de sus ministros y el Jefe de una Departamento Administrativo, ordena el **aislamiento del 25 de marzo al 13 de abril**, ordenando a los alcaldes y gobernadores adoptar las **instrucciones, actos, y órdenes** para la debida ejecución del aislamiento, consagra 34 excepciones al derecho de circulación; garantizando la movilidad del transporte terrestre, por cable, fluvial y marítimo de pasajeros; suspendiendo el transporte aéreo, prohibiendo el consumo de bebidas embriagantes y anunciando las sanciones penales y pecuniarias por incumplimiento.
- El **Decreto 531 del 8/04/20** firmado por el Presidente, 13 de sus ministros y el Jefe de un Departamento Administrativo, ordena el **aislamiento del 13 al 27 de abril**, fijando 35 excepciones, agregando garantías al personal médico y sector de salud y reiterando lo demás ordenado por el decreto 457.
- El **Decreto 593 del 8/04/20** firmado por el Presidente, 14 de sus ministros y el Jefe de un Departamento Administrativo, ordena el **aislamiento del 27 de abril al 11 de mayo**, ampliando las excepciones a la movilidad a 41, regulando el teletrabajo y otras modalidades y reiterando lo previsto en el decreto 531.
- El **Decreto 636 del 6/05/20** firmado por el Presidente, 14 de sus ministros y el Jefe de un Departamento Administrativo, ordena el **aislamiento del 11 al 25 de mayo** de 2020, ampliando las excepciones a 46, refiriéndose al regímenes de los municipios sin coronavirus y reiterando lo previsto en el decreto 593.

De esta sinopsis se colige que ninguno de los decretos fue firmado por los 18 ministros, lo que excluiría que pudiera considerarse como decreto legislativo desde

el punto de vista formal, pero desde el punto de vista material, todos los decretos desarrollan el **decreto legislativo matriz 417 de 17-03-2020**, en la parte “3, JUSTIFICACIÓN DE LA DECLARATORIA DE ESTADO DE EXCEPCIÓN” expuso:

*Que en ese orden de ideas, se hace necesario por la urgencia y gravedad de la crisis y por la insuficiencia de los mecanismos jurídicos ofrecidos, entre otros, en la Ley 100 de 1993 Por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral, la Ley 1122 de 2007 - Sistema General de Seguridad Social en Salud, Ley 1438 de 2011, Ley 80 de 1993, el Decreto 663 de 1993 -Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y el Decreto 111 de 1996-Estatuto Orgánico del Presupuesto, recurrir a las facultades del Estado de Emergencia con el fin de **dictar decretos con fuerza de ley que permitan conjurar la grave crisis generada por el nuevo Coronavirus Covid-19** debido a la propagación y mortalidad generado por el mismo, el pánico por la propagación y las medidas de contención decretadas por cada Estado para evitar una mayor propagación.*

Que la adopción de medidas de rango legislativo, autorizadas por el Estado de Emergencia, buscan fortalecer las acciones dirigidas a conjurar los efectos de la crisis, así como a mejorar la situación de los contagiados y evitar una mayor propagación del COVID-19. No obstante, dado que la magnitud de la llegada del COVID-19 a Colombia no ha sido dimensionada en su totalidad, las medidas que se anuncian en este decreto no agotan los asuntos que pueden abordarse en ejercicio de las facultades conferidas por el estado de excepción, lo que significa que en el proceso de evaluación de los efectos de la emergencia podrían detectarse nuevos requerimientos y, por tanto, diseñarse estrategias novedosas para afrontar la crisis.

Para luego adoptar entre otras medidas, las siguientes:

Que una de las principales medidas, recomendadas por la Organización Mundial de la Salud, es el distanciamiento social y aislamiento, para lo cual, las tecnologías de la información y las comunicaciones y los servicios de comunicaciones, en general, se convierten en una herramienta esencial para permitir la protección la vida y la salud de los colombianos

Que para efectos de permitir **la reducción de la movilidad, la aglomeración y la congregación en los sitios públicos**, así como para evitar una mayor afectación de las distintas actividades económicas, el empleo, la industria y el comercio, el Gobierno nacional considera necesario analizar todas las medidas tributarias.

De manera que si en el Decreto matriz 417/20 que declaró la emergencia se fijaron motivaciones y medidas que luego fueron desarrolladas, entre otros decretos, por el Decreto Nacional 457 del 22 de marzo de 2020 y éste a su vez puesto en desarrollo en el Decreto No. 038 del 23 de marzo de 2020 expedido por el Municipio de La Cumbre, no puede afirmarse que dicho decreto no desarrolla un decreto legislativo, por cuanto si lo hace por remisión de manera indirecta al derivarse del decreto matriz conforme a lo ya observado.

En estos términos, dejó expuesto mi salvamento de voto. Cordialmente,


OMAR EDGAR BORJA SOTO

Magistrado

Fecha *ut supra*.