

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA

SALA UNITARIA

MAGISTRADO PONENTE: OMAR EDGAR BORJA SOTO

Auto interlocutorio No.

Santiago de Cali, 8 de julio de 2020

MEDIO DE CONTROL:	Control Inmediato de legalidad.
Acto administrativo:	Decreto No. 049 del 06 de mayo de 2020
Autoridad:	Municipal de Ansermanuevo -Valle del Cauca-
Expediente:	76001-23-33-008-2020-00581-00
Objeto de pronunciamiento:	Auto deja sin efectos Declara la improcedencia del medio de control

I. OBJETO

1. Surtido el trámite que impone la ley, procede esta Magistratura a dejar sin efecto el auto que avocó el conocimiento y las actuaciones surtidas con ocasión al mismo, para proceder a declarar la improcedencia del presente medio de control.

II. ANTECEDENTES:

2. La Alcaldía Municipal de Ansermanuevo, mediante correo electrónico presenta para el trámite de **control inmediato de legalidad** consagrado en el artículo 136 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante CPACA) del decreto 049 del 06 de mayo de 2020 ***“por medio del cual se decreta la ley seca y se disponen unas medidas transitorias por el fin de semana comprendido entre el viernes al lunes 11 de mayo de 2020, con el fin de garantizar el orden público y la seguridad en el municipio de***

Ansermanuevo valle del cauca” expedido por la Alcaldía Municipal de Ansermanuevo.

3. Por reparto realizado el 8 de mayo de 2020 el asunto le correspondió a este Despacho, como sustanciador, para el trámite de rigor.

4. Por auto del once (11) de mayo de dos mil veinte (2020), se avocó el conocimiento del presente asunto; se ordenó fijar en la página web de la Secretaría del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca y en el sitio web del Consejo de Estado un aviso por el término de diez (10) días, durante los cuales cualquier ciudadano podía intervenir defendiendo o impugnando la legalidad del acto objeto de control (Num. 2 del art. 186 del CPACA), adjuntando en el respectivo aviso copia del Decreto objeto de control; así mismo se prescindió de la invitación a entidades públicas, organizaciones privadas y/o a expertos en las materias relacionadas con el tema del proceso, de que trata el numeral 3 del artículo 186 del CPACA.; y se dispuso pasar el asunto al Ministerio Público delegado para este Despacho Judicial doctor FRANKLIN MORENO MILLAN para que dentro de los diez (10) días siguientes rindiera el concepto de rigor.

5. Se deja constancia que en virtud de la declaración del estado de emergencia económica social y ecológica generada por el COVID19, el aviso se fijó por el término legal de 10 días en el sitio web de la página de la Rama Judicial Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el 18 de mayo del 2020. Dicho término corrió desde el 18 de mayo de 2020 y se desfijó el 01 de junio de 2020.

6. En cumplimiento a lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 185 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se corrió traslado al Ministerio Público para que dentro de 10 días rindiera concepto.

7. El Procurador Judicial ante este Despacho, doctor Franklin Moreno Millán dentro del término emitió concepto No. 042 del 15 de junio de 2020.

2.- ACTO OBJETO DE CONTROL.

8. Decreto 049 del 06 de mayo de 2020 ***“por medio del cual se decreta la ley seca y se disponen unas medidas transitorias por el fin de semana comprendido entre el viernes al lunes 11 de mayo de 2020, con el fin de garantizar el orden público y la seguridad en el municipio de Ansermanuevo Valle del Cauca”***. Expedido por la Alcaldía Municipal de Ansermanuevo, cuya parte resolutive se transcribe a continuación:

“DECRETA

ARTÍCULO PRIMERO: PROHÍBASE el expendio, porte y/o consumo de bebidas embriagantes en todo el territorio del Municipio de Ansermanuevo Valle del Cauca, a partir de las 6:00 de la tarde del **VIERNES 8 DE MAYO DE 2020** y hasta las 6:00 de la mañana del **LUNES 11 DE MAYO DE 2020**, conforme a las consideraciones del presente Acto Administrativo.

Parágrafo Único: Todos los establecimientos comerciales, supermercados, tiendas, lugares de abastecimiento y similares deberán dentro de las fechas indicadas en el presente Acto Administrativo acatar la medida establecida en el presente Artículo y no podrán vender o comercializar ninguna bebida alcohólica o con componentes similares.

ARTICULO SEGUNDO: MEDIDAS CORRECTIVAS. Las anteriores medidas constituyen una orden de policía y su incumplimiento dará lugar a las medidas correctivas contempladas en la Ley 1801 de 2016, sin perjuicio de las sanciones penales establecidas en el Artículo 368 del Código Penal Colombiano.

ARTICULO TERCERO: El presente acto administrativo rige a partir de la fecha de su expedición, derogando de forma general las disposiciones similares que le sean contrarias y que no guarden unidad de materia relacionada al tema tratado.

Dado en Ansermanuevo Valle del Cauca, a los Seis (6) días del mes de Mayo del año Dos Mil Veinte (2020).

3. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO:

Por Secretaría de esta Corporación se surtió el traslado previsto en el numeral 5º del artículo 185 del CPACA al señor agente del Ministerio Público, autoridad que dentro del término emitió concepto No. 042 del 15 de junio de 2020, por medio del cual indica:

“A continuación, el análisis formal del decreto N° 049 del 6 de mayo de 2020, según los

lineamientos de la Corte Constitucional.

Primero, frente al Parámetro de la motivación suficiente, en el presente caso, este requisito SE CUMPLE. El decreto trae (i) las normas generales sobre función pública, (ii) poder de policía, (iii) funciones de los alcaldes y (iv) una breve referencia las razones por las cuales se toma esta decisión para el día de la madre. Se podría decir que, frente a la medida en particular, la motivación es más bien deficiente. Sin embargo, como señaló el Consejo de Estado, en los actos generales, la motivación se entiende implícita²⁷, de suerte que, está cumplido el requisito.

Segundo, frente al Parámetro de la suscripción por el funcionario competente, en el presente caso, este requisito SE CUMPLE. En efecto, el decreto está suscrito por LINA MARÍA BARCO RODRIGUEZ, alcaldesa municipal

Tercero, frente al Parámetro de la idoneidad relativa, en el presente caso, este requisito SE CUMPLE. En efecto, el decreto trae varias medidas, todas dirigidas a evitar la propagación del COVID-19. Adicionalmente, algunas de las medidas, ya están contenidas en los decretos nacionales expedidos para prevenir los efectos de la pandemia COVID-19, por ejemplo, en el artículo 2 del Decreto 420 del 18 de marzo de 2020, se prohibió el consumo de bebidas embriagantes en ciertas circunstancias señaladas por la norma.

Cuarto, frente al Parámetro de la conexidad, en el presente caso, este requisito SE CUMPLE. En efecto, el decreto trae varias medidas, todas dirigidas a evitar la propagación del COVID-19. expedidos para prevenir los efectos de la pandemia COVID-19, por ejemplo, en el artículo 2 del Decreto 420 del 18 de marzo de 2020, se prohibió el consumo de bebidas embriagantes en ciertas circunstancias señaladas por la norma.

2.2.- Parámetros materiales del control de legalidad.

A continuación, el análisis material del decreto N° 049 del 6 de mayo de 2020, según los lineamientos de la Corte Constitucional²⁸. Sin embargo, por razones de metodología, no se hará el análisis por criterio sino por artículo. Así, se revisará cada artículo desde los criterios de evaluación que propone la Corte Constitucional.

• Análisis al artículo primero.

ARTÍCULO PRIMERO. PROHIBASE el expendio, porte y/o consumo de bebidas embriagantes en todo el territorio del Municipio de Ansermanuevo Valle del Cauca, a partir de las 6:00 de la tarde del VIERNES 8 DE MAYO DE 2020 y hasta las 6:00 de la mañana del LUNES 11 DE MAYO DE 2020, conforme a las consideraciones del presente Acto Administrativo.

Parágrafo único. Todos los establecimientos comerciales, supermercados, tiendas, lugares de abastecimiento y similares deberán dentro de las fechas indicadas en el presente Acto Administrativo acatar la medida establecida en el presente Artículo y no podrán vender o comercializar ninguna bebida alcohólica o con componentes similares.

Para este agente, el artículo es parcialmente ilegal por las siguientes razones.

En primer lugar, porque de conformidad con el artículo 2 del Decreto 418 de 2020, las

órdenes del Presidente en materia del orden público, en el marco de la emergencia sanitaria, se aplicarán de manera “preferente sobre las disposiciones de gobernadores y alcaldes”.

*Segundo, porque de conformidad con el artículo 2-2.1 del Decreto 420 del 18 de marzo de 2020, se ordenó a los alcaldes y gobernadores para que, “en el marco de sus competencias”, prohibieran “el consumo de bebidas embriagantes **en espacios abiertos y establecimientos de comercio**, a partir de las seis de la tarde (6:00 p.m.) del día jueves 19 de marzo de 2020, hasta las 6:00 a.m. del día sábado 30 de mayo de 2020” (Negrilla extra texto).*

En todo caso, señaló la norma, “No queda prohibido el expendio de bebidas embriagantes”, es decir, que la restricción en la norma nacional, era únicamente para el consumo en espacios abiertos, en ningún momento para el mero expendio.

En el mismo sentido, hay que señalar que la prohibición del orden nacional, es para el consumo de bebidas embriagantes “en espacios abiertos y establecimientos de comercio,” no para el consumo en espacios privados.

Se podría decir que, en todo caso, los alcaldes tienen la competencia para prohibir el expendio de bebidas embriagantes y que, a partir de allí, la restricción sería legal. Sin embargo, el Presidente de la república es la máxima autoridad en materia de conservación del orden público.

Adicionalmente, en el marco temporal de la emergencia sanitaria, el artículo 2 del Decreto 418 de 2020 señaló que, las órdenes del Presidente, se aplicarán de manera “preferente sobre las disposiciones de gobernadores y alcaldes”, de suerte que, cualquiera disposición que las contraríe, se torna ilegal.

En consecuencia, si la norma nacional señaló que, (i) la prohibición para el consumo de bebidas embriagantes opera “en espacios abiertos y establecimientos de comercio”, (ii) “No queda prohibido el expendio de bebidas embriagantes”, (iii) el Decreto 420 del 18 de marzo de 2020 reguló la temática entre “las seis de la tarde (6:00 p.m.) del día jueves 19 de marzo de 2020, hasta las 6:00 a.m. del día sábado 30 de mayo de 2020”, quiere decir que, la disposición local, en tanto la contraría, al prohibir el consumo en espacios privados y al prohibir el expendio de licores, es ilegal.

Como no aparece dentro del expediente digital, la coordinación de esta medida con el Gobierno Nacional, como lo exigió el parágrafo 1 del artículo 2 del Decreto 418 de 2020, no queda otra salida sino la de declarar la ilegalidad del artículo 1 del decreto N° 049 del 6 de mayo de 2020, en el entendido de que no se será objeto de prohibición ni el expendio o porte de bebidas embriagantes ni el consumo en espacios privados.

• Análisis al artículo segundo.

ARTÍCULO SEGUNDO. MEDIDAS CORRECTIVAS. *Las anteriores medidas constituyen una orden de policía y su incumplimiento dará lugar a las medidas correctivas contempladas en la Ley 1801 de 2016, sin perjuicio de las sanciones penales establecidas en el artículo 368 del Código Penal Colombiano.*

Para este agente, la incorporación de elementos en los tipos penales o contravencionales, es competencia exclusiva del Congreso de la República, de

conformidad con el artículo 150-2, expedir códigos en todos los ramos de la legislación.

Si acaso dicha conducta fuera constitutiva de tipo penal o contravencional, no lo será por la mención que se hace en este decreto, sino por el efecto vinculante de las normas jurídicas. Y será el operador judicial o policivo, quien determine la existencia de la falta y la sanción a imponer.

Por eso, en la medida en que no se crea, extingue o modifica, relaciones jurídicas generales, impersonales y abstractas, no estamos ante un verdadero acto administrativo, sino ante derecho administrativo blando, no susceptible de control judicial. Por ello, se pedirá abstenerse de ejercer control judicial.

• *Análisis al artículo tercero.*

ARTÍCULO TERCERO. El presente acto administrativo rige a partir de la fecha de su expedición, derogando de forma general las disposiciones similares que le sean contrarias y que no guarden unidad de materia relacionada con el tema tratado.

Para este agente, en la medida en que no se crea, extingue o modifica, relaciones jurídicas generales, impersonales y abstractas, no estamos ante un verdadero acto administrativo, sino ante derecho administrativo blando, no susceptible de control judicial. El efecto derogatorio de las normas jurídica, opera de pleno derecho, sin necesidad de mención expresa, inclusive. Por ello, se pedirá abstenerse de ejercer control judicial.

PETICIÓN EN SENTIDO ESTRICTO

DECLARAR la LEGALIDAD parcial del artículo primero, en el entendido que solo está prohibido el consumo de bebidas embriagantes en espacios abiertos. La prohibición para el expendio, el porte y el consumo en espacio cerrado sea declarada nula.

ABSTENERSE de ejercer control de legalidad, respecto de los artículos segundo y tercero.”

I. CONSIDERACION PREVIA:

9. Es de público conocimiento, que mediante providencia del diez (10) de junio de dos mil veinte (2020), la Sala Plena del Tribunal¹ aprobada por los magistrados: Patricia Feuillet Palomares, Oscar Alonso Valero Nisimblat, Fernando Augusto García Muñoz y Luz Elena Sierra Valencia, en la cual salvaron voto los magistrados: Ronald Otto Cedeño Blume, Ana Margoth Chamorro Benavides, Zoranny Castillo Otálora, Omar Edgar Borja Soto y Víctor Adolfo Hernández Díaz y aclararon los

¹ Magistrado Ponente: JHON ERICK CHAVES BRAVO PROCESO No. 76111-23-33-008-2020-00242-00 DEMANDANTE: DE OFICIO AUTORIDAD: MUNICIPIO DE DAGUA MEDIO DE CONTROL: CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD DECRETO No. 059 DE 2020

magistrados: Oscar Silvio Narváez Daza y Eduardo Antonio Lubo Barros se decidió en un asunto de contornos similares que lo procedente era **declarar, la falta de competencia funcional del Tribunal** Administrativo del Valle para ejercer el control inmediato de legalidad del acto objeto de control y en consecuencia **dar por terminado el proceso** y ordenar su archivo.

10. Posteriormente, el 12 de junio de la presente anualidad la Sala Plena² señaló que con fundamento en los numerales 1 y 6 del artículo 185 del CPACA y 125 ibidem, los autos que declaran la falta de competencia funcional para ejercer el control inmediato de legalidad **son de ponente**, siempre que el asunto no sea consecuencia de una ponencia derrotada por la Sala Plena.

11. Con el profundo respeto por la posición mayoritaria de la Sala Plena, como se indicó anteriormente, esta Magistratura no estuvo ni está de acuerdo la decisión de declarar la falta de competencia funcional por las siguientes razones:

12. El numeral primero del artículo 133 del C.G.P³, señala como causal de nulidad, el que el juez actúe en el proceso, **después** de declarar la carencia de jurisdicción o competencia. A su vez el art. 135⁴ ibidem, consagró como uno de los requisitos para alegarla o decretarla **que se exprese la causal invocada**, pudiendo rechazarse de plano la que se funde en causal distintita a las determinadas en este capítulo.

² Votaron en contra la magistrada: Ana Margoth Chamorro Benavides

³ ARTÍCULO 133. CAUSALES DE NULIDAD. El proceso es nulo, en todo o en parte, **solamente** en los siguientes casos:

1. **Cuando el juez actúe en el proceso después** de declarar la falta de jurisdicción o de competencia

⁴ ARTÍCULO 135. REQUISITOS PARA ALEGAR LA NULIDAD. La parte que alegue una nulidad deberá tener legitimación para proponerla, **expresar la causal invocada** y los hechos en que se fundamenta, y aportar o solicitar las pruebas que pretenda hacer valer.

No podrá alegar la nulidad quien haya dado lugar al hecho que la origina, ni quien omitió alegarla como excepción previa si tuvo oportunidad para hacerlo, ni quien después de ocurrida la causal haya actuado en el proceso sin proponerla.

La nulidad por indebida representación o por falta de notificación o emplazamiento solo podrá ser alegada por la persona afectada.

El juez rechazará de plano la solicitud de nulidad que se funde en causal distinta de las determinadas en este capítulo o en hechos que pudieron alegarse como excepciones previas, o la que se proponga después de saneada o por quien carezca de legitimación.

13. En el control inmediato de legalidad del caso concreto no hay nulidad que decretar por cuanto ninguna de las previstas expresamente en el C.G.P. se ajusta a la figura a la que llegó la Sala Plena del Tribunal a través de la ponencia del doctor Chávez de declarar la incompetencia funcional insubsanable.

14. De otra parte, en el párrafo del art. 136 se consagra como causal insubsanable, la pretermisión integral de la respectiva instancia, al establecer:

ARTÍCULO 136. SANEAMIENTO DE LA NULIDAD. La nulidad se considerará saneada en los siguientes casos:

(...)

*PARÁGRAFO. Las nulidades por proceder contra providencia ejecutoriada del superior, revivir un proceso legalmente concluido o **pretermitir íntegramente la respectiva instancia**, son insaneables.*

15. Por otra parte, el art. 138 del C.G.P. permite que, aun en casos de nulidad por carencia de jurisdicción o competencia, la actuación conserve validez, lo cual se ratifica al expresar en el inciso segundo que, la prueba practicada dentro de la actuación conservara validez y tendrá eficacia respecto de quienes tuvieron oportunidad de controvertirlas, agregando, además, que se mantienen las medidas cautelares practicadas, todo lo cual **no se ajusta** a la determinación de declarar la falta de competencia funcional del Tribunal y la terminación del proceso, como ocurrió con la ponencia del doctor Chávez. La norma en cita reza:

*ARTÍCULO 138. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE FALTA DE JURISDICCIÓN O COMPETENCIA Y DE LA NULIDAD DECLARADA. Cuando se declare la falta de jurisdicción, o la falta de competencia por el factor funcional o subjetivo, lo actuado conservará su validez y el proceso **se enviará de inmediato al juez competente; pero si se hubiere dictado sentencia, esta se invalidará.***

*La nulidad solo comprenderá la actuación posterior al motivo que la produjo y que resulte afectada por este. Sin embargo, **la prueba practicada dentro de dicha actuación conservará su validez y tendrá eficacia respecto de quienes tuvieron oportunidad de controvertirla, y se mantendrán las medidas cautelares practicadas.***

El auto que declare una nulidad indicará la actuación que debe renovarse.

16. Ni el texto del numeral primero del art. 133 del C.G.P. ni el art. 16 del mismo

estatuto procesal se ajustan a la decisión adoptada por el ponente de declarar la falta de competencia del tribunal, por cuando la causal se configura es con la actuación posterior a la declaratoria de falta de competencia, no antes y, por ello, en ambos preceptos se expresa categóricamente que, lo nulo, es lo actuado con posterioridad a tal declaración, de manera que, por más esfuerzo hermenéutico del ponente, no es posible configurar la causal de nulidad por cuanto no existe declaración previa de incompetencia funcional y por lo mismo no puede hablarse de insubsanabilidad, y de otra, tampoco es posible remitir a autoridad judicial alguna la actuación surtida.

17. A este respecto, el párrafo del artículo 136 del CGP establece una lista de nulidades insaneables, **la que no incluye la derivada de la falta de jurisdicción o de competencia del juez, por los factores subjetivo y funcional.** También establece, en el artículo 133, que las demás irregularidades del proceso se tendrán por subsanadas si no se impugnan oportunamente y en la lista de las nulidades que no se entienden subsanadas, no se encuentra la de actuar en el proceso y dictar sentencia con falta de jurisdicción y de competencia por los factores subjetivo y funcional.

18. La combinación de estas dos normas, a primera vista, podría dar lugar a concluir, de manera concordante con el demandante, que ésta es saneable. Sin embargo, como quedó establecido en el párrafo anterior, de acuerdo con el **artículo 16 del CGP, esta nulidad debe ser declarada de oficio por el juez**⁵ el que se percatará del vicio en cumplimiento de su deber de control permanente de legalidad del proceso (artículo 132) y la competencia es improrrogable, es decir, que el juez no podrá dictar válidamente sentencia, la que expresamente se dispone que será nula⁶. En estos términos, habrá que **concluirse**, de manera concordante con varios de los intervinientes que, a pesar de que el CGP mantuvo un sistema taxativo de

⁵ El artículo 16 del CGP dispone que “Cuando se declare, **de oficio o a petición de parte**, la falta de jurisdicción o la falta de competencia por los factores subjetivo o funcional, lo actuado conservará validez, salvo la sentencia que se hubiere proferido que será nula (...)” .

⁶ Artículos 16 y 138 del CGP.

nulidades, la lista completa no se encuentra de manera exclusiva en el artículo 136⁷ **y la nulidad de la sentencia derivada de la incompetencia por los factores subjetivo y funcional, es insaneable.**”

19. Como puede inferirse de lo dicho, no puede el tribunal auto-declararse incompetente, de manera circunstancial, por haber avocado el conocimiento de un acto administrativo territorial, expedido en un estado de excepción, en el control inmediato de legalidad, luego de haber completado el trámite legal correspondiente previsto en el art. 185 del CPACA, declarando falta de competencia funcional, sin remitir al competente y finalmente, declarar terminado el proceso, todo lo cual es una contrasentido, pues la competencia ha sido conferida expresamente por el numeral 14 del art. 151 del CPACA, el cual reza:

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.

Es válido observar la defectuosa redacción de la norma antes transcrita, pues es sabido que los decretos legislativos no pueden ser dictados por autoridades territoriales y, en consecuencia, habrá de entenderse que el precepto se refiere a los decretos legislativos dictados por gobierno nacional (presidente de la República con todos sus ministros) y no por las autoridades territoriales que en ningún caso podrían asumir dicha competencia excepcional reservada dentro de un estado unitario, no federal, al Ejecutivo Nacional.

⁷ También el numeral 1 del **artículo 107 del CGP prevé la causal de nulidad de la audiencia o de la diligencia en la que no se encuentran presente el juez o los magistrados que componen el órgano jurisdiccional competente. Por su parte, el inciso 6 del artículo 121 del CGP prevé que “Será nula de pleno derecho la actuación posterior que realice el juez que haya perdido competencia para emitir la respectiva providencia”, por el vencimiento de los términos máximos de duración del proceso. Por demás, también hay que recordar la nulidad de pleno derecho de las pruebas obtenidas con violación del debido proceso, prevista en el inciso final del artículo 29 de la Constitución Política.**

20. De manera que una es la fijación de la competencia asignada por la ley (art. 151-14 del Cpaca) y, otros son los requisitos que las normas sustanciales establecen, tal como se lee en el art. 136 del CPACA y en el art. 20 de la ley 137 de 1994, que precisan:

“CPACA.-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.”

Ley 137/94. 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.

Inciso 3o. INEXEQUIBLE.”

21. Según lo prescrito por los numerales 1 y 6 del art. 185 del CPACA, al magistrado ponente o sustanciador le corresponde proferir los autos de sustanciación y de trámite y a la Sala Plena el fallo o sentencia:

CPACA, art. 185: «Trámite del control inmediato de legalidad de actos. Recibida la copia auténtica del texto de los actos administrativos a los que se refiere el control inmediato de legalidad de que trata el artículo 136 de este Código o aprendido de oficio el conocimiento de su legalidad en caso de inobservancia del deber de envío de los mismos, se procederá así:

1. La sustanciación y ponencia corresponderá a uno de los Magistrados de la Corporación y el fallo a la Sala Plena.

(...)

6. Vencido el traslado para rendir concepto por el Ministerio Público, el Magistrado o Ponente registrará el **proyecto de fallo dentro de los quince (15) días siguientes**

*a la fecha de entrada al Despacho **para sentencia**. La Sala Plena de la respectiva Corporación adoptará **el fallo** dentro de los veinte (20) días siguientes, salvo que existan otros asuntos que gocen de prelación constitucional».*

22. De la sola lectura se deduce que a la Sala Plena no le corresponde proferir autos sino únicamente la sentencia, siendo entonces incompetente para proferir autos como el que declaro la falta de competencia del tribunal y la terminación del proceso.

23. Por último, si en gracia de discusión la decisión de la Sala Plena fuese la adecuada – siendo **coherente** con los preceptos normativos señalados se puede concluir que i) en los términos del art. 138 del C.G.P. al declarar la falta de competencia, hay lugar a señalar cuál es el funcionario competente para resolver este asunto y se reitera, que no es otro que este Tribunal en Sala Unitaria y ii) En ningún precepto normativo de la legislación actual se contempla que la consecuencia de una declaración de falta de jurisdicción o de competencia conlleve per se la **terminación del proceso**.

24. Habiendo dejado claro el panorama histórico, el cual no constituye un precedente obligatorio, ni mucho menos vinculante procederá esta Magistratura a analizar el caso concreto bajo la figura de dejar sin efecto las providencias ilegales y en su lugar declarar improcedente el presente medio de control, por las siguientes:

III. CONSIDERACIONES DE FONDO:

1. COMPETENCIA.

25. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 20 de la Ley 137 de 1994, y 136, 151-14 y 185 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, corresponde a la Sala Plena de los Tribunales Administrativos, en única instancia, ejercer el control inmediato de legalidad de los actos administrativos de carácter general proferidos por autoridades territoriales, departamentales y municipales, en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos expedidos durante los estados de excepción.

2. OBJETO DE LA DECISIÓN.

26. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 20 de la Ley 137 de 1994, y 136, 151-14 y 185 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, corresponde al Magistrado Ponente proferir el auto de avoca o rechaza por improcedente el medio de control, dejando solo la competencia de la Sala Plena de los Tribunales Administrativos el fallo en única instancia.

3. ANÁLISIS JURÍDICO:

3.1. Características control inmediato de legalidad.

27. El artículo 136 del CPACA⁸ establece el control inmediato de legalidad en los siguientes términos:

“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”.

Sobre este artículo la doctrina ha sostenido frente al primer inciso “*que significa cualquier clase de acto administrativo de contenido general expedido con base en los decretos legislativos que se hubieren expedidos por el Gobierno Nacional utilizando las facultades constitucionales de los estados de excepción*”.⁹

⁸ Reproduce el artículo 20 de la Ley 137 de 1994.

⁹ Arboleda Perdomo Enrique José, Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Legis, 1 edición, 2011, pag 212.

28. De esta forma, como punto de partida se puede señalar que el control inmediato de legalidad establecido en el artículo 20 de la Ley Estatutaria 137 de 1994, e incorporado en el artículo 136 de la Ley 1437 de 2011, es un mecanismo de control asignado al conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso, cuya finalidad es evaluar la legalidad de los actos administrativos de carácter general expedidos al amparo de un estado de excepción, el cual 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**.

29. Sobre las características procesales y sustanciales del control inmediato de legalidad, el Consejo de Estado¹⁰ ha precisado:

“38. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado¹¹ 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*

¹⁰ 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)

¹¹ 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.

*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 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)*

30. La misma sentencia¹², 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.*

31. La Sala Plena del Consejo¹³ de Estado al establecer que comprende el examen de legalidad, puntualizó:

“El examen de legalidad se realiza mediante la confrontación del acto

¹² 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)

¹³ 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.

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.

32. 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.” (negrilla no es del texto)*

33. La misma Corporación, en Sala Plena,¹⁴ 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.”¹⁵ (Negrillas fuera del texto)*

3.2. Presupuestos para conocer de fondo el acto objeto de control.

¹⁴ 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

¹⁵ Sentencia de 3 de mayo de 1999, exp. CA- 011, Consejero ponente doctor Ricardo Hoyos Duque.

34. Valga resaltar en este punto, que el suscrito magistrado ponente hasta el momento, manifestaba a través de sus múltiples salvamentos de voto¹⁶ frente a los pronunciamientos de la Sala Plena de este Tribunal, que el control de legalidad no solo estaba limitado a los decretos que de forma material o sustancial desarrollaban decretos legislativos tal como lo establece de forma explícita el art. 20 de la ley 137 de 1994, siendo ello un análisis limitado y restrictivo, sino también a todos aquellos actos que de forma directa o indirecta tuviesen alguna injerencia con las medidas adoptadas por la pandemia del COVID-19, todo ello con miras a garantizar una tutela judicial efectiva.

35. La anterior postura, era igualmente sostenida por el Consejo de Estado¹⁷ - sala unitaria - en auto que no avocó el conocimiento respecto de un acto administrativo nacional, en el que se ratificó lo anteriormente expresado en el que se 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.*

¹⁶ Ver por ejemplo, asuntos tratados en Sala Plena del 18 de Mayo de 2020 donde el suscrito salvó el voto: Ref. Proceso: 76001-23-33-009-2020-00384-00 - Acto administrativo: DECRETO 136 DEL 19 DE MARZO DE 2020 – Autoridad: MUNICIPIO DE LA UNION Magistrado Ponente: **LUZ ELENA SIERRA VALENCIA**; Ref. Proceso: 76001-23-33-000-2020-00367-00 Acto administrativo Decreto 162 de 2020 Autoridad Distrito de Buenaventura Magistrado Ponente: PATRICIA FEUILLET PALOMARES

¹⁷ C.E. Sección Segunda, Subsección A, del 14 de abril de 2020, con ponencia del doctor William Hernández Gómez, expediente 2020-01006-00,

*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 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)*

36. No obstante, tal postura no fue, ni ha sido avalada por la Sala Plena¹⁸ de este Tribunal, al señalar entre otros argumentos, los siguientes:

“2.3.1. Jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado frente a exigir que el acto administrativo deba ser desarrollo de un decreto legislativo.

La C. Constitucional, en 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 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.

La jurisprudencia 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.

Por su parte, 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. En sentencia del 21 de junio de 1999¹⁹ se afirmó:

“La lectura de la norma transcrita indica que son tres los presupuestos requeridos

¹⁸ Providencia del 20 de mayo de 2020 con ponencia del magistrado OSCAR SILVIO NARVÁEZ DAZA, en relación al control inmediato de legalidad del Decreto No. 081 de abril de 2020, expedido por el municipio de Caicedonia, expediente 76001-23-33-000-2020-00457-00, mediante el cual se resuelve recurso de súplica contra auto de abril 17 de 2020, se reiteró el criterio de la Sala Plena del Tribunal para no avocar el conocimiento de los actos administrativos territoriales sujetos al mencionado control

¹⁹ Radicado CA-023.

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.

En igual sentido, la sentencia del 2 de noviembre de 1999²⁰ 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.*”

En las sentencias del 20 de octubre de 2009²¹ y del 31 de mayo de 2011²², invocó de manera expresa los presupuestos expuestos en la providencia del 2 de noviembre de 1999. En la misma línea, la sentencia del 5 de marzo de 2012²³ 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.”

En similares términos se ha pronunciado en las sentencias del 8 de julio de 2014²⁴, y del 24 de mayo de 2016²⁵.

De acuerdo con lo anterior, 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.**

No obstante, la Sala debe precisar que mediante providencia del **15 de abril de 2020**²⁶, 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.”

²⁰ Radicado CA-037.

²¹ Expediente 11001-03-15-000-2009-00549-00.

²² Expediente 11001-03-15-000-2010-00388-00.

²³ Expediente 11001-03-15-000-2010-00369-00.

²⁴ Expediente 11001-03-15-000-2011-01127-00.

²⁵ Expediente 11001-03-15-000-2015-02578-00.

²⁶ Expediente 11001-03-15-000-2020-01006-00.

37. La mencionada postura del magistrado William Hernández fue variada en reciente providencia del 20 de mayo de 2020²⁷, en la que se explicó el cambio como consecuencia del ingreso normativo del Consejo Superior de la Judicatura. En efecto en dicha providencia se dijo:

“De acuerdo con lo precedente, el despacho, en decisiones previas tomadas respecto de la admisión de este medio de control, a partir del Auto del 15 de abril de 2020 (expediente radicado 11001-03-15-000-2020-01006-00), consideró que desde el punto de vista convencional y constitucional, el control inmediato de legalidad definido en los artículos 20 de la Ley Estatutaria 137 de 1994 y 136 del CPACA²⁸ 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, era posible, entonces, extender el control judicial a todas aquellas medidas de carácter general dictadas en ejercicio de la función administrativa que no solo se derivaran de los decretos legislativos emitidos por el Gobierno Nacional.

Esto significaba que los actos generales emanados de las autoridades administrativas que tuvieran 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, podía suceder que se presentara la **confluencia de propósitos y la superposición de competencias**, lo cual autorizaba al juez del control inmediato que avocara el conocimiento con el fin de garantizar la tutela judicial efectiva.

Esta tesis se fundamentó en la necesidad de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva de todas las personas que tienen limitada su movilidad, como ocurre en la actualidad en Colombia, por la notoria situación de anormalidad desde la declaratoria del estado de emergencia, y **en cuarentena nacional obligatoria desde el 24 de marzo de 2020**²⁹, 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

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Especial de Decisión No.19, Consejero ponente: William Hernández Gómez, 20 de mayo de 2020, Referencia: control inmediato de legalidad, Radicación: 11001-03-15-000-2020-01958-00 auto interlocutorio O-387-2020.

²⁸ CPACA, art. 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».

²⁹ Según lo dispuso el Gobierno Nacional a través de los Decretos 457 del 22 de marzo, 531 del 8 de abril, 593 del 24 de abril y 636 del 6 de mayo de 2020.

autoridades.

En este sentido, las medidas adoptadas por el Consejo Superior de la Judicatura, mediante los Acuerdos PCSJA20-11517, PCSJA20-11518, PCSJA20-11519, PCSJA20-11521, PCSJA20-11526, PCSJA20-11527, PCSJA20-11528 y PCSJA20-11529 de marzo de 2020, prorrogadas por el Acuerdo PCSJA20-11532 del 11 de abril del mismo año, indican que la mayoría de despachos judiciales del país no prestan el servicio al público de manera presencial y se suspendieron los términos en casi todos los procesos, salvo algunas excepciones³⁰.

No obstante lo anterior, con el fin de ampliar progresivamente las excepciones a la suspensión de términos atendiendo a la capacidad institucional en las circunstancias actuales y teniendo en cuenta que la legislación vigente, incluidos los diferentes códigos procesales, le dan validez a los actos y actuaciones realizados a través de medios tecnológicos o electrónicos, el Consejo Superior de la Judicatura emitió el **Acuerdo PCSJA20-11546 del 25 de abril de 2020**, «por medio del cual se prorrogan las medidas de suspensión de términos, se amplían sus excepciones y se adoptan otras medidas por motivos de salubridad pública y fuerza mayor».

En el artículo 1 de dicho acuerdo, el Consejo Superior de la Judicatura prorrogó la suspensión de términos judiciales en todo el territorio nacional desde el 27 de abril hasta el 10 de mayo de 2020, aunque en el artículo 5 dispuso excepciones adicionales a las que regían en ese momento en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, así:

«ARTÍCULO 5. Excepciones a la suspensión de términos en materia de lo contencioso administrativo. Se exceptúan de la suspensión de términos prevista en el artículo 1 del presente Acuerdo las siguientes actuaciones en materia de lo contencioso administrativo:

5.1 Las actuaciones que adelanten el Consejo de Estado y los tribunales

³⁰ **A. PCSJA20-11532/2020**, art. 2: «[...] «1. **Acciones de tutela y habeas corpus.** Se dará prelación en el reparto a las acciones de tutela que versen sobre derechos fundamentales a la vida, la salud y la libertad. Su recepción se hará mediante correo electrónico dispuesto para el efecto y para su trámite y comunicaciones se hará uso de las cuentas de correo electrónico y herramientas tecnológicas de apoyo.

a. Los despachos judiciales no remitirán los expedientes de acciones de tutela a la Corte Constitucional hasta tanto se levante la suspensión de términos de la revisión eventual.

2. Las actuaciones que adelante la Corte Constitucional con ocasión de la expedición de decretos por el Presidente de la República en ejercicio de las funciones del artículo 215 de la Constitución Política.

3. Las actuaciones que adelanten el Consejo de Estado y los tribunales administrativos con ocasión del control inmediato de legalidad que deben adelantar de conformidad con las competencias establecidas en el artículo 20 de la Ley 137 de 1994 y en los artículos 111, numeral 8, 136 y 151, numeral 14, del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

4. Con relación a la función de control de garantías se atenderán los siguientes asuntos:

a. Audiencias concentradas de legalización de captura, formulación de imputación y solicitudes de medidas de aseguramiento de detención.

b. Prórroga, sustitución y revocatoria de medida de aseguramiento cuya solicitud sea con persona privada de la libertad, siempre que las audiencias se puedan adelantar mediante trabajo en casa de manera virtual.

c. Libertad por vencimiento de términos, siempre que las audiencias se puedan adelantar mediante trabajo en casa de manera virtual».

administrativos, con ocasión del control inmediato de legalidad de conformidad con las competencias establecidas en el artículo 20 de la Ley 137 de 1994 y en los artículos 111, numeral 8, 136 y 151, numeral 14, del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

5.2. El medio de control de nulidad por inconstitucionalidad contra actos administrativos expedidos desde la declaratoria de la emergencia sanitaria.

5.3. El medio de control de nulidad contra los actos administrativos que se hayan expedido desde la declaratoria de la emergencia sanitaria». (Negrita fuera de texto).

La **suspensión de términos** volvió a ser prorrogada por el Consejo Superior de la Judicatura a través del **Acuerdo PCSJA20-11549 del 7 de mayo de 2020**, que dispuso su prolongación **hasta el 24 de mayo** de la presente anualidad, pero en el artículo 5 de dicho acto administrativo se mantuvieron las excepciones que se acabaron de enunciar y se ampliaron a otros eventos.

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

En conclusión, en estos casos, **a partir del cambio normativo** introducido por el **Acuerdo PCSJA20-11546** del 25 de abril de 2020, del Consejo Superior de la Judicatura, prorrogado por el Acuerdo PCSJA20-11549 del 7 de mayo de la misma anualidad, el espectro de los actos susceptibles de tener control inmediato de legalidad **se limita a aquellos actos generales emitidos para desarrollar directamente los decretos legislativos**, al tenor de lo dispuesto en las normas legales antes referidas.”

38. Efectivamente distintas providencias del Consejo de Estado en forma mayoritaria han sostenido dicha tesis, veamos:

39. La Sección Primera del Consejo de Estado mediante auto del 31 de marzo de 2020³¹ aduce:

“(…) 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

³¹ C.E. Sección I, auto 31/03/2020, Rad 11001-03-15-000-2020-00958-00, C.P. Osvaldo Giraldo López.

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”. (...)

40. En ese mismo sentido la Sala Especial de Decisión 4 del Consejo de Estado manifestó por medio del auto del 31 de marzo de 2020³² lo siguiente:

“(...) Así las cosas, de la regulación mencionada, se determina claramente, que el control inmediato de legalidad, asignado al Consejo de Estado, pende en forma concurrente, de tres clases de factores competenciales: un factor subjetivo de autoría, en tanto el acto a controlar debe ser expedido por una autoridad nacional; un factor de objeto, que recaiga sobre acto administrativo general y un factor de motivación o causa y es que provenga o devenga, del ejercicio de la “función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos durante los Estados de excepción” (art. 136 inc. 1° CPACA). (...)”

41. Con fundamento en lo anterior y en virtud de la nueva postura sostenida por el Consejo de Estado anteriormente citadas, y en virtud de las nuevas excepciones plasmadas por el Consejo Superior de la Judicatura a través de los **Acuerdos PCSJA20-11546** del 25 de abril de 2020 prorrogado por el Acuerdo PCSJA20-11549 del 7 de mayo de la misma anualidad, el Magistrado Ponente procede a variar su posición, y señalará que en lo sucesivo solo es procedente conocer a través de este medio de control los actos que desarrollan los decretos legislativos provenientes del estado de excepción.

4. CASO CONCRETO:

42. La alcaldesa del municipio de Ansermanuevo al expedir el decreto 49/20 lo hizo en ejercicio de las facultades constitucionales y legales prevista en los arts. 2 y 315 de la Carta Política y en las Leyes 1801 de 2016 y 136 de 1994, modificada por la Ley 1551 de 2012.

43. Los argumentos del ente municipal para citar el artículo 315 superior, específicamente en su artículo 2º *“Conservar el orden público en el municipio, de conformidad con la ley y las instrucciones y órdenes que reciba del Presidente de la República y del respectivo gobernador. El alcalde es la primera autoridad de policía*

³² C.E. Sección V, auto 31/03/2020, Rad 11001-03-15-000-2020-00950-00, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez.

del municipio”, en especial para prevenir alteraciones y perturbaciones del orden público en el Municipio de Ansermanuevo.

44. Ahora bien, es evidente que el citado decreto municipal no desarrolla decretos legislativos dictados en estado de excepción, en tanto que sus supuestos fácticos y jurídicos no devienen de las disposiciones con fuerza de ley emanadas del ejecutivo nacional con fundamento en el artículo 215 de la Constitución Política sino a la situación de emergencia sanitaria decretada.

45. Sobre este tema, como se indicó anteriormente ya se ha pronunciado esta Sala Plena³³ en el sentido de señalar que:

“Los presupuestos legales o condiciones para la procedencia del control inmediato de legalidad se encuentran en los artículos 20 de la Ley 137 de 1994 y 136 del CPACA, en ese sentido debe verificarse previamente para impulsar el trámite judicial que se i) trate de una medida de carácter general en ejercicio de una función pública, ii) lo dicte una autoridad territorial y, iii) desarrolle un decreto legislativo derivado de los estados de excepción constitucional de los artículos 212, 213 y 215.

Si el acto objeto de revisión no cumple dichos aspectos sustanciales y de forma, los denominados por la jurisprudencia factores competenciales³⁴, resulta inviable admitir o avocar el conocimiento bajo la egida del citado control. Debe recordarse que como lo indican los artículos 6³⁵ y 121³⁶ de la Constitución Política, las autoridades públicas no pueden ejercer competencias que no han sido asignadas por la Constitución y la ley.”

46. En síntesis, el Decreto 049 del 06 de mayo de 2020 **“por medio del cual se decreta la ley seca y se disponen unas medidas transitorias por el fin de semana comprendido entre el viernes al lunes 11 de mayo de 2020, con el fin de garantizar el orden público y la seguridad en el municipio de**

³³ M.P. Eduardo Antonio Lubo Barros EXP.:76001-23-33-000-2020-00391-00, control inmediato de legalidad, asunto: recurso de súplica, auto del 22 de mayo de 2020, Decreto 045 del 19 de marzo de 2020 expedido por el municipio de San Pedro.

³⁴ C.E. Sección V, auto 31/03/2020, Rad 11001-03-15-000-2020-00950-00, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez.

³⁵ “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”.

³⁶ “ARTÍCULO 121. Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley”.

Ansermanuevo Valle del Cauca”..” expedido por la Alcaldía Municipal de Ansermanuevo, a pesar de tratarse de un acto municipal de carácter general en ejercicio de una función administrativa, no desarrolla una materia propia y específica contemplada en un decreto legislativo dictado con fundamento en el estado de excepción de emergencia económica, social y ecológica decretado por el Gobierno Nacional, por lo cual no se dan supuestos legales para que el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca decida de fondo el control inmediato de legalidad consagrado en el artículo 136 del CPACA., y, por lo tanto, se declarara la improcedencia del mismo.

47. Frente a este tema, tal como lo ha manifestado esta Sala Plena³⁷ en anteriores oportunidades, es importante señalar que el Consejo de Estado³⁸ – Sala Unitaria³⁹ - en providencia del 31 de marzo de 2020, indicó 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»**.*

61. Ahora bien, la Sala Plena ya definió una postura en el sentido de señalar que el Decreto legislativo que declaró el **estado de excepción no es susceptible de desarrollo mediante actos administrativos expedidos por autoridades territoriales**, acotando las siguientes razones:

“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

³⁷ Radicación: 76001-23-33-000-2020-00386-00 Asunto: Resuelve recurso de súplica Magistrada Ponente: PATRICIA FEUILLET PALOMARES, providencia del dieciocho (18) de mayo de dos mil veinte (2020)

³⁸ Expediente 11001-03-15-000-2020-00958-00.

³⁹ Proferido por el consejero Oswaldo Giraldo López

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.”

48. De este modo, el decreto objeto de control al no ser una medida adoptada en desarrollo de los decretos legislativos expedidos con ocasión de los estados de excepción, imposibilita a este Tribunal ejercer el control de legalidad a través de este medio de control, por cuanto el Decreto en mención no tuvo como fundamento material ni sustancial ningún desarrollo de un decreto legislativo, o dicho de otra manera, el acto objeto de control no fue expedido en el marco de las disposiciones que rigen el estado de excepción o como desarrollo de un decreto legislativo, requisito sine qua non para avanzar en el estudio legal contemplado en el artículo 136 de la Ley 1437 de 2011.

49. Por lo anterior, el acto que se remitió para que fuera objeto de control de legalidad en el presente caso, no se puede considerar de aquellos a los que se alude en las normas constitucionales y legales mencionadas, como objeto de dicho estudio, porque no desarrolla un decreto de naturaleza legislativa dictado dentro del estado de excepción, sino más bien aplica normativas que incluyen o consagran facultades que ya existían.

50. Para efectos de solventar el yerro planteado se debe tener en cuenta que la jurisprudencia nacional ha resaltado que las actuaciones irregulares del juez en un proceso no pueden atarlo para que siga cometiendo errores, porque lo interlocutorio no puede prevalecer sobre lo definitivo;⁴⁰ y, que el error inicial, en un proceso, no puede ser fuente de errores.⁴¹

51. En efecto, cuando el Juez advierta yerros dentro del trámite que no son causales de nulidad, el Juez debe tomar las decisiones necesarias tendientes a corregir dicho error. En ese sentido el H. Consejo de Estado ha indicado:

*“Varias han sido las manifestaciones de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado sobre que **"el auto ilegal no vincula al juez"**; se ha dicho que: -la actuación irregular del juez, en un proceso, no puede atarlo en el mismo para que siga cometiendo errores, porque lo interlocutorio no puede prevalecer sobre lo definitivo; -el error inicial, en un proceso, no puede ser fuente de errores.”...”Y afirma de esa manera, porque con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 la calificación de la República como un Estado de Derecho con Justicia Social tiene implicaciones, entre otros, en la Administración de Justicia. No es concebible que frente a un error judicial ostensible dentro de un proceso, no constitutivo de causal de nulidad procesal ni alegado por las partes, el juez del mismo proceso, a quo o su superior, no pueda enmendarlo de oficio.”...”Por consiguiente el juez: -no debe permitir con sus conductas continuar el estado del proceso, como venía, a sabiendas de una irregularidad procesal que tiene entidad suficiente para variar el destino o rumbo del juicio; -no está vendado para ver retroactivamente el proceso, cuando la decisión que ha de adoptar dependería de legalidad real, y no formal por la ejecutoria, de otra anterior.”⁴².*

⁴⁰ Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 23 de marzo de 1981. Sala de Casación Civil. Reitera lo dicho en otras providencias, que pueden verse en la Gaceta Judicial LXX, 2; LXXVII, 51 y XC 330. Proceso Enrique A. Fuentes contra Herederos de José Galo Alzamora.

⁴¹ Corte Suprema de justicia. Sala de Casación Civil. Auto de febrero 4 de 1981. Proceso abreviado suscitado por Juan de la Cruz Acevedo contra Magnolia Rosa Gómez. Consejo de Estado. Sección Tercera. Autos: a) de 8 de octubre de 1987. Exp. 4686. Actor: Sociedad Blanco y Cía. Ltda. Demandado: Municipio de Funza. b) de 10 de mayo de 1994. Exp. 8.237. Actor: Comunidad Indígena Zenú de San Andrés de Sotavento.

⁴² Sección Tercera. Sentencia de 5 de octubre de 2000. C.P. María Elena Giraldo Gómez. Radicación 16868.

52. Conforme el texto jurisprudencial que se transcribe, siempre que se advierta un yerro jurídico, el operador judicial deberá enmendarlo para no contrariar los postulados constitucionales anteriormente mencionados. Adicionalmente, porque si se avoca conocimiento, para control automático de legalidad, de un acto que no se debe someter a dicho control, se puede atentar contra el principio de economía procesal y, por ende, contra el acceso a la administración de justicia.

53. Por lo anteriormente expuesto, se considera pertinente dejar sin efecto las actuaciones de - admisión y traslado al Ministerio Público - ordenado en el trámite del presente asunto, cuyo estudio se considera improcedente.

54. Por último, no puede omitir esta Sala Plena señalar a la comunidad en general que i) esta decisión **no hace tránsito a cosa juzgada** como quiera que no se analizó ningún cargo de fondo y dado tales efectos se predicen con carácter relativo esto es sólo frente a los aspectos de ilegalidad analizados y decididos en la sentencia, hipótesis que no se presenta en el sub examine y ii) que en aras de garantizar el acceso a la administración de justicia en los términos de la Ley 1437 de 2011, se podrá enjuiciarse el acto administrativo a través del medio de control que corresponda conforme a lo pretendido.

DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Dejar sin efecto jurídico el auto del once (11) de mayo de dos mil veinte (2020), por medio del cual se avocó el conocimiento del presente asunto, así como de las actuaciones procesales surtidas con ocasión al mismo.

SEGUNDO: Declarar la improcedencia del control inmediato de legalidad del Decreto No. 049 del 06 de mayo de 2020 “**por medio del cual se decreta la ley**

seca y se disponen unas medidas transitorias por el fin de semana comprendido entre el viernes al lunes 11 de mayo de 2020, con el fin de garantizar el orden público y la seguridad en el municipio de Ansermanuevo Valle del Cauca” expedido por el Municipio de Ansermanuevo.

TERCERO.- Dejar sin efecto las actuaciones de - admisión y traslado al Ministerio Publico - y declarar terminado el proceso.

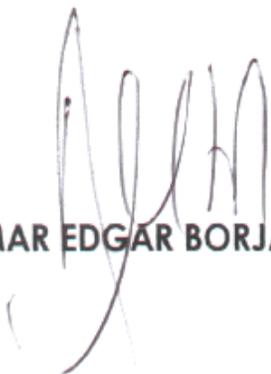
CUARTO.- Por Secretaría, NOTÍFICASE esta providencia por vía electrónica a la Alcaldesa Municipal de Ansermanuevo y al Ministerio Público.

QUINTO.- Publíquese esta decisión, en las páginas web de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, para conocimiento de la comunidad.

SEXTO.- ORDENAR a la señora Alcaldesa Municipal de Ansermanuevo o a quien delegue para tales efectos, que a través de la página web oficial de esa entidad territorial, se publique este proveído a fin de que todos los interesados tengan conocimiento de esta decisión. La Secretaría del Tribunal requerirá a la referida entidad estatal para que presente un informe sobre el cumplimiento de esta orden.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

El Magistrado,



OMAR EDGAR BORJA SOTO