



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA**  
**SALA PLENA**

**MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ÉLVER MUÑOZ BARRERA**

Bogotá D.C., veintitrés (23) de junio de dos mil veinte (2020)

<b>Referencia</b>	25000-23-15-000-2020-00273-00
<b>Medio de control</b>	Control inmediato de legalidad
<b>Autoridad que expidió el acto</b>	Alcaldía municipal de Cachipay, Cundinamarca
<b>Acto sujeto a control</b>	Decreto 027 de 21 de marzo de 2020
<b>Tema</b>	Decreto que declara urgencia manifiesta pero no con base en el Decreto Legislativo 440 de 2020. Facultades ordinarias otorgadas en virtud del artículo 42 de la Ley 80 de 1993, por situación de calamidad en el municipio. CIL improcedente.

Procede la Sala Plena a proferir sentencia en el proceso de la referencia.

**I. ANTECEDENTES.**

**1. Texto del acto sujeto a control.**

**DECRETO No. 027 DE 2020**

**21 DE MARZO DE 2020**

**POR EL CUAL SE DECLARA LA URGENCIA MANIFIESTA EN EL MUNICIPIO DE CACHIPAY Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES.**

**EL ALCALDE MUNICIPAL DE CACHIPAY**

*En ejercicio de sus atribuciones Constitucionales y Legales, en especial las conferidas por artículo 315 numerales 1 2 3 y 9 de la Constitución Política de 1991, la ley 1551 de 2012, la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007, el Decreto 1082 de 2015 y los artículos 11 y 42 de la ley 80 de 1993 y,*

**CONSIDERANDO**

*Que como es de público conocimiento, la Pandemia del nuevo Coronavirus COVID -19, es un fenómeno que viene generando graves afectaciones a nivel mundial en materia de salud pública, económica y social, a la fecha ya ha causado la pérdida de miles de vidas humanas en todo el mundo.*

*Que el presidente de la República, mediante decreto 417 del 17 de marzo de 2020, declaró el Estado de Emergencia, Social y Ecológica en todo el territorio nacional, con el fin de hacer frente a las circunstancias imprevistas y detonantes en lo relacionado a la salud pública y la crisis económica y social generada por la pandemia del nuevo Coronavirus COVID-19.*

*Que el Gobierno Departamental ha realizado las actuaciones administrativas correspondientes tendientes a preservar la vida, la salud pública de los habitantes del Departamento en línea con las políticas que el Gobierno Nacional ha venido implementando*

*Que es así como ha expedido los decretos No. 023 del 13 de marzo de 2020 y 024 del 16 de marzo de 2020 y el 026 del 19 de marzo de 2020 por medio de los cuales se declaró la alerta amarilla y la situación de calamidad pública en el municipio de Cachipay respectivamente; todo en torno a generar las herramientas administrativas necesarias para la contención, manejo y respuesta ante la crisis generada por la pandemia.*

*Que, a la fecha, pese a los esfuerzos del Gobierno Nacional, así como a los del Gobierno Departamental, se siguen requiriendo actuaciones desde todos los ámbitos administrativos que permitan eficazmente generar*

*respuestas inmediatas para satisfacer las necesidades de salud pública, de emergencia y calamidad que la ciudadanía requiere como consecuencia de la grave situación ocasionada por la pandemia.*

*Que es necesario seguir implementando alternativas administrativas que doten a la Administración municipal de mecanismos que le permitan de una manera ágil, eficiente, eficaz, pertinente y oportuna, atender las necesidades y generar respuestas en torno a la crisis actual de cara a enfrentar la pandemia.*

*Que el artículo 42 de la Ley 80 de 1993 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, estipula que la declaratoria de urgencia manifiesta procede, entre otros casos, cuando la continuidad del servicio exige la ejecución de obras en el inmediato futuro, o cuando se presentan situaciones relacionadas con los estados de excepción, o cuando se trata de conjurar situaciones excepcionales relacionadas con hechos que demanden actuaciones inmediatas y, en general, cuando se trata de situaciones que imposibilitan acudir a los procedimientos de selección o convocatoria pública. Igualmente, este artículo señala que la urgencia manifiesta se debe declarar mediante acto administrativo debidamente motivado.*

*Que el Consejo de Estado en sentencia del 27 de abril de 2006 de la Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera, dentro del Expediente número 14275, sobre la urgencia manifiesta consideró:*

*"Se observa entonces cómo la normatividad regula el tema de la urgencia en la contratación estatal, se refiere a aquellos eventos en los cuales pueden suscitarse hechos que reclaman una actuación inmediata de la Administración, con el fin de remediar o evitar males presentes o futuros inminentes, provocados bien sea en virtud de los estados de excepción; o por la paralización de los servicios públicos, o provenientes de situaciones de calamidad o hechos consecutivos de: fuerza. mayor o. desastres, o cualquier otra circunstancia similar que tampoco dé espera en su solución, de tal manera que resulte inconveniente el trámite del proceso licitatorio o selección de contratistas reglado en el estatuto contractual, por cuanto implica el agotamiento de una serie de etapas que se toman su tiempo y hacen más o menos a largo lapso para adjudicar el respectivo contrato, circunstancia que, frente a una situación de urgencia obviamente resulta entorpecedora, porque la solución en estas condiciones, puede llegar tardíamente, cuando ya se haya producido o agravado el daño."*

*Que bajo los parámetros del artículo 42 de la Ley 80 de 1993, la entidad advirtió la necesidad de contar con elementos, productos y servicios necesarios, para continuar con su estrategia de respuesta inmediata a la crisis de salud pública y social*

*Generada por el Coronavirus COVID-19, máxime cuando en el departamento ya existen casos de este brote que pueden llegar a Cachipay*

*Que mediante circular No. 06 del 19 de marzo del año en curso, el Señor Contralor General de la República, ha reconocido la figura de la Urgencia Manifiesta, como un mecanismo que ante el grave problema de salud pública que afecta el país, resulta útil para superar adecuadamente la contingencia.*

*En mérito de lo expuesto,*

## **DECRETA**

**ARTÍCULO PRIMERO:** *Declarar la URGENCIA MANIFIESTA, en el municipio de Cachipay, para atender la situación de calamidad pública generada por la Pandemia CORONAVIRUSCOVID 19.*

**ARTÍCULO SEGUNDO:** *Como consecuencia de lo establecido en el artículo primero de este decreto, los Delegatarios de la Contratación y ordenación del gasto del nivel central del municipio de Cachipay acudirán a la figura de la Urgencia Manifiesta, para contratar ÚNICAMENTE obras, bienes y servicios necesarios para atender y superar situaciones directamente relacionadas con la respuesta, manejo y control de la pandemia CORONAVIRUS COVID-19-.*

**ARTÍCULO TERCERO:** *Con el fin de atender las necesidades y los gastos propios de la URGENCIA MANIFIESTA aquí decretada, se podrán hacer los traslados presupuestales internos que se requieran, para atender la emergencia.*

**ARTICULO CUARTO:** *Ordenar a los secretarios de despacho de la Administración Municipal de Cachipay se sirvan coordinar la atención y apoyo requerido a causa de la emergencia nacional decretada, la cual es objeto*

de la declaratoria de urgencia manifiesta.

**ARTÍCULO QUINTO:** Remitir este acto administrativo, así como los contratos que se suscriban con ocasión de la presente declaratoria de URGENCIA MANIFIESTA, a la Contraloría General de la República, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 43 de la Ley 80 de 1993.

**ARTÍCULO SEXTO:** El presente decreto rige a partir de la fecha de su expedición.

**PUBLÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.**

*Dado en el despacho del alcalde a los 21 días del mes de marzo de dos mil (2020)*

**EFRAÍN MONCADA SÁNCHEZ**

*Alcalde Municipal*

## **2. Actuación procesal.**

El 21 de marzo de 2020 el alcalde municipal de Cachipay expidió el Decreto No. 027, por medio del cual declaró la urgencia manifiesta en el municipio y dictó otras disposiciones.

Cumpliendo lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 137 de 1994, el acto fue remitido a este Tribunal para el control inmediato de legalidad correspondiente. El 28 de marzo de 2020, la Secretaría General de esta Corporación repartió el expediente al Despacho del magistrado ponente.

El 3 de abril de 2020 el magistrado ponente profirió auto mediante el cual resolvió avocar conocimiento del Decreto 027 de 2020, proferido por el alcalde del municipio de Cachipay.

El mismo 3 de abril de 2020 se notificó dicha providencia al alcalde del municipio de Cachipay, al gobernador de Cundinamarca y al Ministerio Público.

El mismo día se publicó el correspondiente aviso.

El 4 de mayo de 2020, el Procurador 136 Judicial II Administrativo rindió concepto.

## **3. Concepto del Procurador.**

El 4 de mayo de 2020, el Procurador 136 Judicial II Administrativo rindió concepto en el sentido de considerar que el acto administrativo examinado se encuentra ajustado al marco constitucional y legal, en atención a que (i) fue expedido por el Alcalde del municipio de Cachipay en pleno uso de sus facultades; (ii) cumple con los requisitos de forma y fondo para su expedición, (iii) desarrolla en forma transitoria, proporcionada y ajustada al marco legal una medida acorde a las causas de la declaratoria del Estado de Emergencia y (iv) tiene como fin exclusivo atemperar los efectos de la crisis nacional provocada por el COVID-19.

## **II. CONSIDERACIONES**

### **1. Presentación metodológica.**

El control inmediato de legalidad (CIL) es un medio de control especial y expedito que sirve de contrapeso efectivo al poder que adquiere el Gobierno, una vez declarado el estado de excepción, que en su ejercicio podría afectar los derechos, la Constitución y el

ordenamiento jurídico. Debido a la naturaleza, fines y características del CIL, la Sala Plena debe, desde el inicio, enfrentar la problemática de establecer su competencia de conformidad con las normas básicas que buscan, esencialmente, que se lleve a cabo un juicio de fondo, integral, sustantivo y oportuno de las medidas o actos administrativos generales objeto del control.

Ahora bien, el diseño de la estructura del proceso del CIL es elemental (admisión, traslado y pruebas, sentencia), pero por ello mismo la normas que lo regulan (Art. 20 Ley 137 de 1994, Art. 136 y 185 CPACA) incluyen de la manera indistinta las reglas que determinan tanto la competencia de la Sala Plena para avocar conocimiento del asunto, como para realizar el juicio de legalidad de fondo de los actos administrativos. Debido a ello, es menester identificar y diferenciar las reglas y criterios de la competencia en uno u otro momento.

La Sala observa que si bien existen reglas formales (territorial y orgánico) también hay sustantivas que complejizan la interpretación y la decisión sobre la competencia y el juicio de legalidad de las medidas adoptadas por las autoridades territoriales en el marco de la excepcionalidad. Entonces, debido a que las normas establecen criterios como, por ejemplo, el de orden temporal, que, si bien pareciera simple, por cuanto indica únicamente que deben controlarse los actos administrativos proferidos con posterioridad a la declaratoria de estado de excepción, no lo es cuando en la práctica se han expedido actos administrativos el mismo día que se declara el estado de excepción o después de éste, pero con anterioridad a que se expida el decreto legislativo que regula la materia. Lo mismo ocurre cuando la autoridad ejerce funciones administrativas dentro de los anteriores periodos, pero tendrá que resolverse si se trata de funciones propias o generales, que ya le atribuía la Constitución Política y la Ley, o de las especiales adquiridas con ocasión y en desarrollo de los decretos legislativos. Asimismo, lo que ocurre con juicios de legalidad contra actos administrativos que no están motivados de manera expresa y clara con fundamento en los decretos legislativos, que se encuentran sin motivación alguna, o fueron motivados en desarrollo de facultades y normas ordinarias, pero materialmente se refieren a materias reguladas en los decretos legislativos proferidos por el Presidente de la República.

Todas estas discusiones precisamente son muestra de que muchos de los criterios que se utilizan para resolver sobre la competencia de la Sala Plena del Tribunal Administrativo por parte del Magistrado Ponente desde la admisión del asunto, siguen teniendo vigencia y mayor relevancia al momento del juicio de legalidad del acto objeto del control. De allí que el tema de la competencia sea esencial, puesto que, si bien contiene reglas formales, deben prevalecer las reglas sustanciales o materiales.

Por tanto, como el proceso se encuentra para sentencia, la Sala Plena debe asumir dos debates distintos analíticamente: primero, el debate de la competencia de la Corporación para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos sujetos de control, no desde la perspectiva inicial, la cual ya fue resuelta por el Magistrado Ponente, sino a partir de los elementos de juicio que tienen que ver con la competencia de la misma para pronunciarse de fondo, y el segundo, en relación con el juicio integral del acto administrativo objeto de control. Esto último, siempre que se hayan superado los criterios que fijan la competencia de la Sala, o lo que es lo mismo, se haya superado el primer debate.

Así, no se trata de exponer de manera simple los requisitos de la competencia de la Sala Plena, sino de involucrar aspectos sustantivos que sólo podrían comprenderse si se entiende el CIL como parte del sistema de controles judiciales previstos en el Estado Social de Derecho, elemento esencial de la Constitución Política de 1991. Por ello se expondrá la importancia de dicho sistema de controles dentro del Estado democrático de derecho que nos rige actualmente. Luego, abordaremos el tema de los elementos sustantivos de la competencia y del juicio como son los conceptos normativos de "materia", "función administrativa" y "desarrollo de los decretos legislativos", que permiten que se pueda resolver el tema de la competencia de la Sala Plena. Finalmente, se indicará e identificará el marco normativo de los estados de excepción, para establecer su naturaleza, elementos y características, siguiendo de cerca los precedentes del Consejo de Estado que, a su vez, nos permitirán construir las herramientas para realizar un juicio "integral de legalidad" de los actos administrativos sometidos a control judicial.

## 2. El Sistema de Control Judicial en el Constitucionalismo Colombiano.

### 2.1 Constitucionalismo Colombiano y Control Inmediato de legalidad (CIL)

Para la comprensión adecuada de CIL dentro de la tradición jurídica colombiana es importante señalar desde el inicio que nuestra historia está signada por lo menos por tres caracteres esenciales: las violencias, el legalismo<sup>1</sup> y constituciones sin constitucionalismo<sup>2</sup>. Sin embargo, la defensa judicial de la supremacía de la Constitución ha sido dentro del contexto de los países Latinoamericanos la más "antigua e ininterrumpida e, inclusive, en ocasiones activista"<sup>3</sup>, pues el control de constitucional viene desde las primeras constituciones en el siglo XIX<sup>4</sup>. Asimismo, se ha considerado que, dentro del contexto de las democracias, el modelo de control constitucional colombiano es el más "eficiente, completo, experimentado, avanzado y depurado de Occidente y por tanto del orbe, pues aglutina la organización, los mecanismos y la operancia de todos los existentes"<sup>5</sup>.

La importancia de introducir este contexto histórico tiene como objetivo no olvidar que dentro de esta idea viviente del constitucionalismo colombiano, la aparición del control inmediato de legalidad de los actos legislativos expedidos por el Presidente de la República en el marco de los estados de excepción (Art. 212-215 CP) (Ley 137 de 1994), es completamente coherente con nuestra tradición jurídica pues hace parte de la evolución del estado de derecho al estado social de derecho<sup>6</sup>. Éste, además de contener los básicos y esenciales elementos distintivos de aquél, lo que ha adicionado es una fundamentación humanista o antropológica, es la positivización de valores y principios, carta de derechos y

<sup>1</sup> Cepeda, Espinosa Manuel José. *Polémicas Constitucionales*. Legis, Bogotá, 2007. Especialmente "La defensa judicial de la Constitución: la gran fortaleza de Colombia, pp. 3. "Pero hay una expresión de ese apego al derecho que sí tiene en Colombia una peculiaridad excepcional".

<sup>2</sup> Para la diferencia entre constitución y constitucionalismo, Jaramillo, Pérez Juan Fernando, García, Villegas, Mauricio, Rodríguez, Villabona, Andrés Abel y Uprimny, Yepes, Rodrigo. *El derecho frente al Poder*. Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Bogotá, 2018, pp. 823 ss. Epílogo. Los conceptos de constitución y constitucionalismo. Valencia, Villa Hernando. Cartas de Batalla. Cerec, Santafé de Bogotá, 1997. "Cada una de las constituciones del siglo XIX fue la consecuencia de una guerra y la causa de otra. Cada una de las reformas del siglo XX ha sido la causa de un conflicto y la causa de otro", pp. 149.

<sup>3</sup> *Ib.* "Se trata de la defensa de la supremacía de la Constitución por medio de órganos judiciales, aun frente a los actos del Congreso Nacional y el Presidente de la República. Ningún país de América Latina goza de una tradición de control tan antigua, ininterrumpida amplia e, inclusive, en ocasiones activista... Si fuere necesario señalar por qué la tradición de control constitucional es una fortaleza institucional, basta recordar que la democracia constitucional depende de que la norma suprema sea efectivamente respetada, para lo cual es indispensable que un órgano la haga cumplir".

<sup>4</sup> MALAGÓN-PINZÓN, Miguel Alejandro. *El control de la administración pública en Colombia durante el siglo XIX y comienzos del XX*. Estudios Socio-Jurídicos, [S.l.], v. 9, n. 1, p. 154-165, mar. 2010. ISSN 2145-4531. Disponible en: <>. Fecha de acceso: 10 mayo 2020 <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/334>

<sup>5</sup> Gaona, Cruz Manuel. *Exposición en simposio: "Aspectos del Control Constitucional en Colombia"*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1984, pp. 67. *Control y reforma de la Constitución Colombiana*. Tomo II. Bogotá, Ministerio de Justicia-Superintendencia de Notariado y Registro, 1988. Para una revisión actual del control Sánchez, Sánchez Abraham. *Sentencias interpretativas y control de constitucionalidad en Colombia*. Ed Gustavo Ibáñez. Bogotá, 2005.

<sup>6</sup> Pare evolución y diferencia del estado de derecho al estado social de derecho pasando por estado bienestar, Corte Constitucional sentencia SU-747-1998, C-1064 de 2001.

mecanismos de control judicial adecuados y efectivos, para la realización y efectivización de las libertades y derechos (Art. 1, 2, 40 y 85-90 CP)<sup>7</sup>.

De tal manera que cuando la Constitución Política señala que “una ley estatutaria regulará las facultades del Gobierno durante los estados de excepción y establecerá los controles judiciales y las garantías para proteger los derechos” (Art. 214.3 CP) y luego en mediante la Ley 137 de 1994, también se incluye expresamente en el artículo 20 el “control inmediato de legalidad”, debe ser comprendido e interpretado desde este contexto histórico para hacerle gala a nuestra tradición y a los propósitos y fines de la idea viviente de la constitución. Se trata, entonces, de la lucha entre el poder y el derecho, por ello es que este medio de control judicial debe servir de contrapeso, porque la Rama Judicial es un verdadero poder público (Art. 113 CP), al poder excepcional del Presidente de la República (Art. 214.6 CP) y a las autoridades nacionales, regionales y locales; asimismo se trata de garantizar la supremacía e integridad de la Constitución Política, del ordenamiento jurídico en el ámbito regional y local, como de las libertades y derechos.

El control en cabeza de los jueces a los demás órganos del Estado no ha estado exento de críticas en cuanto a su legitimidad ya que se pregunta por quién debe ser el defensor de la Constitución<sup>8</sup> y por la naturaleza jurídica o política del control, como el límite del control pues se debate sobre su contenido y alcance, el control solo procedimental, formal o material.<sup>9</sup>

## 2.2 El control como elemento esencial de la Constitución.

El control de las autoridades, sus actos y decisiones, es esencial al concepto de constitución democrática, pluralista y tolerantes, fundada en la dignidad humana y la efectividad de los derechos fundamentales (Art. 2 CP), por esta razón, analíticamente se ha distinguido entre la declaración de los derechos, el medio o instrumento y la garantía.

La garantía constitucional de los derechos fundamentales, dice Ferrajoli, son también “garantías de la democracia” constitucional o sustancial no puramente formal o procedimental, pues este concepto de Constitución es “complejo” dentro de las cuales está la “rigidez, que es un rasgo de la norma constitucional; por otro lado, el conjunto complejo y articulado de sus garantías”. Estas, son negativas cuando se refieren “las prohibiciones correspondientes a la expectativa negativa” y positivas cuando se refieren a las “obligaciones correspondientes a las expectativas positivas”<sup>10</sup>. Para cuando se vulnera algún derecho fundamental se activan la “garantías secundarias” o las “garantías de justicialidad, las cuales intervienen en caso de violaciones de la expectativa normativa y de sus garantías primarias”<sup>11</sup>. Es claro en el constitucionalismo contemporáneo la idea que la “vigencia de la Constitución dependerá de su capacidad de realización”, pues “no es concebible ... la Constitución como norma, y menos la Constitución del Estado social y democrática de derecho, si no descansa en la existencia y efectividad de los controles”<sup>12</sup>, de tal manera que los tribunales constitucionales, como la vinculación y aplicación directa de la Constitución, lo que la jurisprudencia ha desarrollado bajo el principio de inmunidad

<sup>7</sup> Corte Constitucional T-406 de 1992

<sup>8</sup> Ver Kelsen. La garantía jurisdiccional de la Constitución. UNAM. México, 2016. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/31/tc.pdf>

<sup>9</sup> Bernal, Pulido, Carlos. El Derecho de los derechos. Capítulo 1. En torno a la legitimación de la jurisdicción constitucional y la objetividad en el control de constitucionalidad de las leyes. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, pp. 27 -59.

<sup>10</sup> Ferrajoli, Luigi. Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 29 (2006), pp. 15-31

<sup>11</sup> ib.

<sup>12</sup> Aragón, Reyes Manuel. Constitución, democracia y control. Capítulo Tercero. Constitución y control del poder. UNAM. México, 2002, PP., 102-103. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/288/1.pdf>

de los derechos fundamentales<sup>13</sup>, el sistema de controles sociales, políticos y jurídicos previsto en las Constituciones.

Así, de la "lucha por la consagración constitucional de los derechos constitucionales", lo que hoy se discute es por su efectividad o la "lucha por su tutela efectiva"<sup>14</sup>, pues "toda sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos, ni establecida la separación de los poderes, carece de Constitución"<sup>15</sup>.

Como la lucha entre el poder y los derechos se mantiene y es parte constitutiva de la sociedad democrática y pluralista, por tanto, toda amenaza o vulneración de los derechos y la supremacía e integridad de las Constituciones democráticas debe enfrentarse con medios o instrumentos o mecanismos de control adecuados, efectivos y oportunos. A esta problemática jurídica es a la que precisamente se enfrentan los jueces; garantizar que prevalezca el concepto democrático de los derechos y de Constitución democrática y pluralista, en cualquier tiempo.

### **2.3. El CIL como mecanismo judicial de control efectivo en el marco de los estados de excepción. Régimen de legalidad.**

Los estados de excepción son instituciones constitucionales del estado social de derecho enfrentar la guerra exterior (Art. 212 CP), la perturbación del orden público interno (Art. 213 CP) y la perturbación del orden económico, social y ecológico del país, o que constituya graves calamidad pública (Art. 215 CP), mediante el cual se permite al Presidente de la República con la firma de todos sus ministros, decretar el estado de excepción y habilitarse para poder asumir poderes temporales, excepcionales, necesarios y expeditos con el único y exclusivo fin de conculcar o superar las causas que generan cada uno de dichos estados de excepción, por lo que se crea un "régimen de legalidad" (Art. 7, L. 137 de 1994) que sirve de fundamento y marco para la actuación y control de las medidas y actos que adopten la entidades y autoridades nacionales, distritales, regionales y locales. Estos estados de excepción consagrados en la Constitución Política responden a la decisión del constituyente de garantizar la vigencia y eficacia de la constitución aún en situaciones de anormalidad<sup>16</sup>.

El sistema de "balances y contrapesos" o "frenos y contrapesos" que surge a partir del entendimiento de los límites al poder del Estado, en cabeza de los diferentes órganos de las Ramas del Poder Público, se enfoca en el aspecto dinámico del ejercicio del poder político. Dicho modelo acepta, consecuentemente, "que tiene que existir un cierto nivel de complementariedad, concurrencia y cooperación entre los poderes públicos para que el Estado pueda garantizar, tanto las libertades básicas, como los derechos prestacionales"<sup>17</sup>.

Lo que pretende la Constitución mediante el estado de excepción como "régimen de legalidad" es que el Gobierno adquiera herramientas o facultades para que pueda superar las causas que generaron el estado de excepción y regresar al estado ordinario o normal de legalidad, salvaguardando los principios intrínsecos al Estado social y democrático de derecho. Por ello, los Jueces de la República deben permitir que las autoridades administrativas actúen de manera rápida y efectiva dentro del marco jurídico excepcional y

<sup>13</sup> Corte Constitucional sentencia C-1064 de 2001

<sup>14</sup> Esguerra, Portocarrero Juan Carlos. La Protección Constitucional del Ciudadano. Legis, Bogotá, 2007, pp.

<sup>15</sup> Artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

<sup>16</sup> Corte Constitucional sentencia C-004 de 1992.

<sup>17</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-630 de 2014.

amplio que le otorga la Constitución al Gobierno Nacional (Arts. 212, 213 y 215 CP), procurando garantizar que los derechos y libertades de las personas y ciudadanos que fueron limitados o afectados, a través de las medidas que adopten dichas autoridades, sólo lo sean dentro de los estrictos términos y límites que requiera para conculcar las causas de la crisis, sin que ellos se vean vulnerados en su núcleo esencial y sólo de manera transitoria, especial y proporcional.

En línea con lo anterior, como el "Estado de derecho es una técnica de organización política que persigue, como objetivo inmediato, la sujeción de los órganos del poder a la norma jurídica", al haberse alterado el régimen jurídico ordinario y creado un "régimen de legalidad", lo que se busca, entonces, es que se mantenga el "imperio del derecho y, consecuentemente, la negación de la arbitrariedad"<sup>18</sup>.

Así, este "régimen de legalidad" como elementos y características esenciales: (i) todos los actos expedidos por las autoridades en el marco del Estado de excepción están sujetos a control; (ii) la restricción de las libertades y derechos fundamentales debe tener como propósito esencial la preservación de esos mismos bienes, que de ninguna manera pueden ser destruidos sino provisoriamente limitados, con el propósito de que la obediencia al derecho se restaure y las libertades y derechos recobren la vigencia plena de que gozan en tiempo de normalidad. Es lo que la Corte Constitucional<sup>19</sup> ha llamado la paradoja de los estados de excepción: las libertades públicas y los derechos fundamentales se restringen, en beneficio de esos mismos bienes. Esa circunstancia brinda un insustituible criterio de control de los actos del gobernante investido de poderes excepcionales<sup>20</sup>.

Dicho esto, se procede a exponer los elementos sustantivos de la competencia y del juicio como son los conceptos normativos de "materia", "función administrativa" y "desarrollo de los decretos legislativos", que permiten que se pueda resolver el tema de la competencia de la Sala Plena.

### **3. Competencia de la Sala Plena.**

#### **3.1. Normas que establecen la competencia.**

Los artículos 214 y 215 de la Constitución Política y la Ley Estatutaria 137 de 1994 establecen una serie de principios y reglas que deben considerarse durante el mencionado Estado de excepción.

Ley 137 de 1994, artículo 20:

*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.*

<sup>18</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-179 de 1994. Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

<sup>19</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-179 de 1994. Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

<sup>20</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-179 de 1994. Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DÍAZ.



Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo:

*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.*

*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.*

El artículo 185 del CPACA establece el trámite del control inmediato de legalidad de los actos: requisitos de admisión, competencia de ponente y sala plena, plazos y formas de intervención de la ciudadanía y Ministerio Público, pruebas y sentencia.

### 3.2. Criterios que determinan la competencia.

Tal como se advirtió con anterioridad, la normas que regulan el CIL incluyen de manera indistinta las reglas que determinan la competencia de la Sala Plena para avocar conocimiento del asunto. Es por ello que los debates que surgen para asumir el CIL han generado muchas controversias al interior de todos los Tribunales Administrativos de país, pero al mismo tiempo ha permitido depurar los diferentes requisitos y reglas aplicables para lograr la finalidad de garantizar la integridad y supremacía de la Constitución y el ordenamiento jurídico, como de los derechos.

De las normas aplicables a este tipo de control, es posible advertir **cinco criterios** que deben cumplirse para efectos de determinar la competencia de la Sala Plena en relación las medidas de carácter general expedidas en el marco del estado de excepción. Dichos criterios son: **1.** El temporal, **2.** El orgánico, **3.** El de la naturaleza general y abstracta de los actos susceptibles de control, **4.** El que se refiere a la expedición de aquellos en ejercicio de la función administrativa, y finalmente **5.** Que se trata del desarrollo de una de las materias de uno de los decretos legislativos proferidos dentro de la excepcionalidad, el cual involucra criterios formales y materiales para el juicio.

Todos ellos, muestra del objeto, procedimiento y criterios propios del CIL. Veamos:

- a) Que la medida o acto administrativo sea expedido por una autoridad del orden distrital, departamental o municipal en ejercicio de función administrativa<sup>21</sup>
- b) La medida o acto administrativo debe ser de carácter general; también podrían ser objeto del control, las instrucciones, circulares y resoluciones administrativas<sup>22</sup>;

<sup>21</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 11 de abril de 2019. MP. Nubia Margoth Peña Garzón. Exp. 11001-03-24-000-2012-00211-00. Providencia del 18 de julio de 2012. MP. María Elizabeth García González. Exp. 11001-03-24-000-2007-00193-00. Providencia del 1 de febrero de 2001. MP. Olga Inés Navarrete Barrero. Exp 6375. Providencia del 9 de marzo de 2009. MP. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta. Exp. 2005-00285.

<sup>22</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 30 de septiembre de 2019, Auto interlocutorio. MP Exp. 11001-03-24-000-2018-00166-00. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 11 de abril de 2019. MP. Nubia Margoth Peña Garzón. Exp. 11001-03-24-000-2012-00211-00. Providencia del 18 de julio de 2012. MP. María Elizabeth García González. Exp. 11001-03-24-000-2007-00193-00. Providencia del 1 de febrero de 2001. MP. Olga Inés Navarrete Barrero. Exp 6375. Providencia del 9 de marzo de 2009. MP. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta. Exp. 2005-00285.

- c) La medida o acto administrativo debe ser dictado en ejercicio de la función administrativa
- d) Que se trata del desarrollo de una de las materias de uno de los decretos legislativos proferidos dentro de la excepcionalidad.

### 3.2.1 Criterio temporal.

Este criterio indica que serán sujeto de control, todos los actos administrativos generales que sean proferidos con posterioridad a la declaratoria del estado de excepción, pues son precisamente éstos, los que, en principio, desarrollarían facultades excepcionales que deben ser revisadas y controladas por los Jueces de lo contencioso administrativo. Sin embargo, como se planteó, este criterio puede conllevar a múltiples discusiones, pues en la práctica se han expedido actos administrativos el mismo día que se declara el estado de excepción o después de éste, pero con anterioridad a que se expida el decreto legislativo que regula la materia y les confiere las atribuciones especiales a las autoridades administrativas.

### 3.2.2 Criterio orgánico.

En el que se verifica que la medida o acto administrativo sea expedido por una autoridad del orden distrital, departamental o municipal en ejercicio de función administrativa<sup>23</sup> y que dicha autoridad tenga la facultad para adoptar ese tipo de medidas.

### 3.2.3 Criterio relativo a la naturaleza general y abstracta de los actos susceptibles de control.

Este criterio supone que se verifique la naturaleza jurídica de los actos objeto de control. Con respecto a dicha naturaleza, la jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>24</sup> ha señalado que son aquellos decretos reglamentarios de los decretos legislativos y los actos administrativos de carácter general, impersonal y abstracto que profiera la administración que contengan una decisión de la autoridad, capaz de producir efectos jurídicos para los administrados, porque sólo esta clase de actos son **administrativos**.

Aun cuando las instrucciones, circulares y resoluciones administrativas son actos de la administración en sentido lato, pues por razón de su naturaleza contienen directrices, orientaciones o instrucciones que se dictan para desarrollar la actividad administrativa o para informar aspectos propios de la prestación de un servicio o de la realización de una determinada función, no todos tienen la virtualidad de generar efectos jurídicos, teniendo esta capacidad únicamente aquellos que crean, extinguen o modifican situaciones jurídicas, el Consejo de Estado ha sostenido<sup>25</sup> que estos últimos son objeto del control por la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

<sup>23</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 11 de abril de 2019. MP. Nubia Margoth Peña Garzón. Exp. 11001-03-24-000-2012-00211-00. Providencia del 18 de julio de 2012. MP. María Elizabeth García González. Exp. 11001-03-24-000-2007-00193-00. Providencia del 1 de febrero de 2001. MP. Olga Inés Navarrete Barrero. Exp 6375. Providencia del 9 de marzo de 2009. MP. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta. Exp. 2005-00285.

<sup>24</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 11 de abril de 2019. MP. Nubia Margoth Peña Garzón. Exp. 11001-03-24-000-2012-00211-00. Providencia del 18 de julio de 2012. MP. María Elizabeth García González. Exp. 11001-03-24-000-2007-00193-00. Providencia del 1 de febrero de 2001. MP. Olga Inés Navarrete Barrero. Exp 6375. Providencia del 9 de marzo de 2009. MP. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta. Exp. 2005-00285.

<sup>25</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 30 de septiembre de 2019, Auto interlocutorio. MP Exp. 11001-03-24-000-2018-00166-00. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 11 de abril de 2019. MP. Nubia Margoth Peña Garzón. Exp. 11001-03-24-000-2012-00211-00. Providencia del 18 de julio de 2012. MP. María Elizabeth García González. Exp. 11001-03-24-000-2007-00193-00. Providencia del 1 de febrero de 2001. MP. Olga Inés Navarrete Barrero. Exp 6375. Providencia del 9 de marzo de 2009. MP. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta. Exp. 2005-00285.

### 3.2.4 Criterio relativo a la expedición de los actos en ejercicio de la función administrativa.

Este criterio se puede inicialmente definir de manera negativa, en el sentido de que todo lo que no sea una función judicial de la que cumplen los jueces o legislativa de la que cumple el congreso, son funciones administrativas. Sin embargo, el concepto es mucho más complejo y amplio. Por ello, opera como criterio formal al inicio del proceso del CIL y como criterio sustantivo para realizar el juicio integral al momento de la sentencia.

Sobre el particular, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido unánime en reconocer que no existe un concepto unívoco de función administrativa, toda vez que ni la Constitución, ni la ley han determinado que actividades se encuentran comprendidas dentro de esta función<sup>26</sup>. Sin embargo, en un intento por adoptar una definición de esta clase de función se ha colegido que aquella:

*(...) corresponde en principio a actividades encomendadas al ejecutivo y dirigidas a la aplicación de la Constitución, de la ley, y de los ordenamientos inferiores.*<sup>27</sup>

*En un sentido más amplio y acorde con nuestra realidad institucional, por función administrativa se entiende aquella que se ejerce por parte de los agentes del Estado y los particulares expresamente autorizados por la ley, y que, excepto para las supremas autoridades administrativas, se caracteriza por la presencia de un poder de instrucción.*<sup>28</sup>

*Entonces, el género es la función pública y una de sus especies es la función administrativa, de suerte que su primera característica es la de ser inherente al poder del Estado.*

*Así las cosas, la función administrativa es siempre actividad del poder estatal, sea que se realice por órganos o autoridades públicas o por particulares, con la finalidad de materializar los derechos y principios consignados en la parte dogmática de la Constitución.*<sup>29</sup> <sup>30</sup>

Aunque en principio la función administrativa está en cabeza de la rama ejecutiva, no puede perderse de vista que ésta también se encuentra distribuida entre los distintos organismos y entidades del Estado, debido a que "en todas las organizaciones públicas se adelantan procesos y actividades de naturaleza administrativa que son connaturales al manejo de sus propios recursos materiales y humanos. Dicha actividad administrativa acompaña e impulsa su cotidiano funcionamiento y es indispensable para el cumplimiento del objeto que la Constitución y la ley asignan a todos los entes estatales"<sup>31</sup>.

En conclusión, el Gobierno Nacional adquiere poderes legislativos excepcionales, pero continúa cumpliendo funciones administrativas concomitantemente con las adquiridas a partir de los decretos legislativos, lo mismo ocurre con las autoridades distritales,

<sup>26</sup> Al respecto consultar: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, subsección B, sentencia del 15 de noviembre de 2019, radicación 11001-03-26-000-2009-00065-00, número interno 37012 y Consejo de Estado, Sección primera, auto del 20 de marzo de 2003, radicación 15001-23-31-000-2002-2006-01. Por su parte, la Sección Tercera en sentencia del 31 de marzo de 2005 proferida dentro del radicado 25000-23-25-000-2004-01617-01 concluyó que "La función administrativa no es una noción muy definida, de la cual se deduzca una concepción normativa. Además, dentro de un esquema de democracia participativa y de Estado Social, los criterios organicistas que delimitaban dicha función, no alcanzan a cubrir todas las posibilidades de acción estatal. Sin embargo, se advierte en nuestro ordenamiento jurídico, que el concepto de función administrativa tiene su génesis en el ejercicio legítimo de poder de la administración pública con consecuencias jurídicas, que en últimas se traduce en la expedición de actos administrativos. Fundamentalmente, la creación, extinción o modificación de situaciones jurídicas generales o individuales a través de actos administrativos, opera bajo la presunción de legalidad, la obligatoriedad intrínseca de los actos, y la capacidad para que la administración ejecute por sí misma tales decisiones."

<sup>27</sup> Consejo de Estado. Sala Plena. Sentencia del 14 de mayo de 1985. Expediente 10.

<sup>28</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 10 de febrero de 2010. Expediente AC 9407.

<sup>29</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 8 de junio de 2011. Expediente 2004-00540.

<sup>30</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto N°2416 del 30 de julio de 2019, radicación 11001-03-06-000-2019-00051-00

<sup>31</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, conflicto de competencias del 16 de septiembre de 2010, radicación 11001-03-06-000-2010-00099-00

regionales y locales. Todo esto se debe, como ya se puede inferir, del nuevo y transitorio "régimen de legalidad". Luego, es evidente que estas nuevas relaciones regidas por este "régimen de legalidad" generan tensiones en el ejercicio de los poderes, facultades y funciones entre las diferentes autoridades y niveles. Precisamente, para ello es que se ha creado este nuevo marco jurídico, para armonizar y articular, dentro del estado de derecho, el cumplimiento de los fines y alcanzar el objetivo de superar las causas que generaron el estado de excepción y regresar al estado ordinario.

### **3.2.5 Criterio referente a la verificación de la materia para definir el acto administrativo del CIL.**

Desde la perspectiva práctica, poder determinar de manera clara y precisa el acto administrativo sobre el cual debe recaer el control inmediato, es una labor interpretativa sustantiva que requiere, previamente, diferenciar tres tipos de actos:

- a) El decreto legislativo mediante el cual el Presidente con la firma de todos los ministros declara el estado de excepción (Art. 214.1 y 215 CP);
- b) Los decretos legislativos que "deberán referirse a materias que tengan relación directa y específica con la situación que hubiere determinado la declaratoria del Estado de Excepción" (Art. 214.1); "Estos decretos [legislativos] deberán referirse a materias que tengan relación directa y específica con el estado de emergencia" (Art. 215 CP);
- c) Las "medidas" o "actos administrativos" de carácter general que sean "dictadas en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos durante los Estados de Excepción" (Art. 20 L. 137/94 y art. 136 CPACA)

¿A qué se refieren con las "materias" los artículos 214 y 215 de la Constitución? La Sala despejará este concepto a partir de la Ley 137 de 1994 y la jurisprudencia constitucional.

- a) El concepto de materia tiene muchas definiciones y significados<sup>32</sup>, dentro de los cuales podemos estar de acuerdo que se trata de todo un "conjunto" de cosas o asuntos o temas, es decir, cuando decimos que la materia del derecho civil o público, se entiende que incluyen muchos subtemas.
- b) Ahora, desde una interpretación sistemática en el derecho constitucional, la norma utiliza el concepto de "materia" para referirse a los decretos legislativos que son expedidos con ocasión y durante el estado de excepción, es decir, porque con base en tales decretos se subvierte una normalidad o se entra en un estado de excepcionalidad.
- c) Esta subversión de la normalidad se refiere a las poderes y facultades con la que actúa el Gobierno y las autoridades públicas dentro del estado de derecho para situaciones ordinarias, pero al ocurrir situaciones extraordinarias dichos poderes y facultades no son suficientes, ni idóneos ni expeditos, por ello se requieren nuevos con el objeto de enfrentar dichas situaciones.

<sup>32</sup> <https://dle.rae.es/materia?m=form>.

"Conjunto de conocimientos que constituyen un campo del saber, una disciplina científica o una asignatura académica".

"Conjunto de las cosas que atañen al gobierno, conservación, aumento y reputación de los Estados".

"En la filosofía aristotélica, principio potencial y pasivo que en unión con la forma sustancia constituye la esencia de todo cuerpo, y subyace a cada una de las formas que se suceden"

- d) Los poderes y "facultades" nuevas que se le otorgan al Gobierno para "circunstancias extraordinarias" tienen el carácter de especiales, adecuadas, expeditas, efectivas y necesarias (Art. 2 L. 137/94);
- e) Dichas facultades son las que crean un "régimen de legalidad", lo cual significa que dentro del estado social de derecho se ha diseñado un camino o forma sustantiva para que las "circunstancias extraordinarias" sean afrontadas dentro del estado de excepción. No se trata de que subvierta la normalidad de cualquier manera, sino que se exige que sea institucionalizada, con exigencias de forma y sustancia, tanto para su declaratoria como para su implementación y ejecución.
- f) Una característica esencial es que los decretos son de naturaleza legislativa. Estos, además, cuando afecten o suspendan leyes "deberán expresar las razones por las cuales son incompatibles con el correspondiente Estado de Excepción" (Art. 12 L. 137/94).
- g) Respecto a la motivación expresa, la Corte ha sostenido que con esta exigencia "se acabará la costumbre generalizada, por parte del Gobierno, de decretar una suspensión genérica de múltiples leyes vigentes, con la simple fórmula de que se suspenden todas las normas "que sean contrarias" con las que se expiden, pues de ahora en adelante se tendrá que indicar expresamente cuáles son los ordenamientos concretos que son antagónicos con el estado de excepción, lo cual facilitará el control de constitucionalidad, y terminará de una vez por todas con la indeterminación de la normatividad que se suspende, hábito ese que generaba una verdadera incertidumbre e inseguridad jurídica para todos los ciudadanos y las autoridades públicas"<sup>33</sup>.
- h) Por tanto, para poder determinar el acto administrativo sobre el cual debe recaer el control inmediato de legalidad, se debe acudir a las materias que son objeto de los decretos legislativos<sup>34</sup>, lo cuales deben estar debidamente motivados y consignar expresamente su relación "directa y específica" con el estado de emergencia", esto "constituye un control más sobre el Gobierno, con el fin de evitar que el Presidente de la República exceda la tarea legislativa que en forma temporal y limitada le compete ejercer", asimismo, que "existan controles más rigurosos que en tiempo ordinario, pues es en tales periodos cuando se presentan mayores excesos y arbitrariedades por parte de las autoridades, en razón de la amplitud de los poderes que se les asignan"<sup>35</sup>.

#### **4. Juicio Integral del CIL. Marco normativo, características y criterios para orientar el juicio.**

##### **4.1 Control inmediato de legalidad en la jurisprudencia del Consejo de Estado.**

La jurisprudencia del H Consejo de Estado ha tenido la oportunidad de realizar varios controles inmediatos de legalidad y de ellos se pueden extraer:

<sup>33</sup> Corte Constitucional sentencia C-179/94

<sup>34</sup> Para el caso del estado de excepción decretado mediante decreto 417 de 2020, han sido 72 decretos legislativos los que se han expedido que han tocado variadas material.

<sup>35</sup> Corte Constitucional sentencia C-179/94

#### 4.2.1 Características<sup>36 37</sup>

Por su parte, el Consejo de Estado – Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en sentencia del 16 de junio de 2009<sup>38</sup>, señaló las principales características de este medio de control, a la luz de la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción, aplicable igualmente a la reglamentación de este, contenida en el artículo 136 de la Ley 1437 de 2011 que reprodujo el mismo contenido normativo: i) **su carácter jurisdiccional**; ii) **es inmediato y automático**<sup>39</sup>; iii) **es oficioso**; iv) **es autónomo pero compatible y/o coexiste**<sup>40</sup> con medios de control ordinarios que ejerza el ciudadano contra los mismos actos administrativos<sup>41</sup>; v) **hace tránsito a cosa juzgada relativa**<sup>42</sup>; vi) **el control es integral** porque es control completo<sup>43</sup> y el marco normativo del juicio de legalidad es tanto la Constitución, la ley estatutaria, como el régimen de legalidad creado<sup>44</sup>; vii) **es compatible y/o coexistente** con los cauces procesales ordinarios; viii) el control 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<sup>45</sup>.

#### 4.2.2 Carácter integral del CIL. Criterios para el juicio.

Con ocasión de la revisión constitucional del Decreto 333 declaratorio de Estado de Emergencia Social, en providencia C-004 de 1992<sup>46</sup>, la Alta Corporación fue expresa en considerar que un instrumento de excepción no puede conllevar a la negación de la vigencia del principio democrático que sustenta el Estado Social de Derecho, cuando su primer y último designio es su defensa. Formuló en consonancia, que en circunstancias extraordinarias "(...) la razón de ser de los mecanismos de control estriba en conciliar la necesaria eficacia de las instituciones de excepción con la máxima preservación posible, de los principios esenciales del ordenamiento amenazado". Por esta razón, debido al carácter normativo y superior de la Constitución, es imperativo que el control sea de "mérito y no exclusivamente de forma".

La sentencia C-179 de 1994 realizó el juicio de constitucionalidad<sup>47</sup> y precisó aspectos importantes respecto de las características esenciales del control inmediato de legalidad.

<sup>36</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SALA ONCE ESPECIAL DE DECISIÓN. Consejera ponente: STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO. Bogotá D.C., dos (2) de abril de dos mil veinte (2020). Radicación número: 11001-03-15-000-2020-00951-00(CA)A

<sup>37</sup> Sobre las características del Control Inmediato de Legalidad ver Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Radicación número: 11001-03-15-000-2009-00305-00(CA) M.P. Enrique Gil Botero, reiterada en sentencia del 1º de julio de 2010, M.P. María Claudia Rojas Lasso.

<sup>38</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Radicación número: 11001-03-15-000-2009-00305-00(CA) M.P. Enrique Gil Botero, reiterada en sentencia del 1º de julio de 2010, M.P. María Claudia Rojas Lasso

<sup>39</sup> No es requisito que se encuentre publicado en el diario o gaceta oficial para que proceda el control, toda vez que una cosa es la existencia del acto y otra su publicidad con fines de oponibilidad y exigibilidad.

<sup>40</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del veinte (20) de octubre de dos mil nueve (2009), Consejero ponente, Mauricio Fajardo Gómez. Expediente N° 2009-00549.

<sup>41</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, M.P. Gerardo Arenas Monsalve, Sentencia del 31.05.2011, Rad. No. 11001-03-15-000-2010-00388-00(CA)

<sup>42</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del cinco (5) de marzo de dos mil doce (2012). Consejero Ponente, Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. Radicación número: 11001-03-15-000-2010-00369-00(CA)

<sup>43</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 20 de octubre de 2009, exp. 11001-03-15-000-2009-00549 (CA), MP. Mauricio Fajardo Gómez.

<sup>44</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SALA VEINTISIETE ESPECIAL DE DECISIÓN. Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE. Bogotá D.C., veintitrés (23) de abril de dos mil veinte (2020). Radicación número: 11001-03-15-000-2020-01064-00(CA)A

<sup>45</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del siete (7) de febrero del dos mil (2000); Radicación: CA-033.

<sup>46</sup> Sentencia C-004 de 7 de mayo de 1992. Recobra esta sentencia un aporte del Procurador General de la Nación, que ilustra el carácter de lo que aquí pretende evidenciarse: "Si en tiempos de paz económica, social o ecológica, la Corte ha de ser exigente en el análisis de las medidas dictadas al amparo de la Carta, con más razón en épocas de turbación del orden que dichos conceptos representan, no pudiendo restringir su función a lo meramente formal. Como se ha dicho con razón sobre este punto, el control debe ser integral o no tiene razón de ser. La competencia es sobre el fondo y la forma, para que la Constitución sea norma de normas y el control integral de constitucionalidad que la Carta postula, sea, en verdad, efectivo."

<sup>47</sup> Sentencia C- 179 de 13 de abril de 1994. A saber, afianzaba en sus consideraciones, que los decretos legislativos debían ser: (i) Justificativos de la restricción de los derechos susceptibles de ser limitados; (ii) conexos con las causas que originaron la alteración del orden;

No obstante, solo sería a través de la jurisprudencia del Consejo de Estado que se le aduciría al medio de control inmediato de legalidad, el carácter integral que aquí pretende discutirse.

En efecto, las providencias CA-01<sup>48</sup> y CA-01<sup>49</sup> de 1999 particularizaron sus elementos tales como: **a)** Que el juicio de las medidas de carácter general que pretendieran hacer efectivas las decisiones adoptadas en los decretos legislativos promulgados durante los estados de excepción, el análisis de legalidad trascendería la comprobación de los requisitos formales; **b)** Que debe juzgarse la conexidad con las causas que dieron origen a su implantación, su carácter transitorio y su proporcionalidad, así como su conformidad con el resto del ordenamiento jurídico; **c)** La sentencia CA-697, precisa que el examen de legalidad implica que la adopción de la medida acontezca en un marco de legalidad según el cual, el objeto reglamentario de la medida no exceda o modifique la ley.

La jurisprudencia<sup>50</sup> ha sentado desde ese entonces, una línea que se ha consolidado respecto de las pautas que consolidan el carácter integral que se aduce al medio de control, estableciendo como criterios de análisis: **(i)** la competencia de la autoridad que expidió la medida; **(ii)** su conexidad con los motivos que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción; **(iii)** su carácter transitorio; **(iv)** la sujeción a las formalidades; **(v)** la proporcionalidad que guarda con el propósito de conjurar la crisis e impedir la proliferación de sus efectos; **(vi)** la adecuación a los fines y **(vii)** la correspondencia con la sistematicidad del ordenamiento, es decir, la cohesión con las normas que la preceden y fundamentan, o son coetáneas, siempre que no hayan sido suspendidas o derogadas por las disposiciones con fuerza de ley dictadas al amparo del estado de excepción.

Otros debates que ha asumido la jurisprudencia es la prevalencia del control de simple nulidad debido a su carácter pleno sobre el control automático<sup>51</sup>, como la distinción entre los decretos cuyo contenido desarrollaba la declaratoria de estado de excepción, y aquellos expedidos en consonancia con el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política (la potestad reglamentaria del presidente de la República) así indirectamente estos refirieran normas promulgadas en desarrollo del estado de excepción<sup>52</sup>. Asimismo se ha dicho que el control automático o inmediato de legalidad resulta compatible con la posibilidad de ejercer la acción de nulidad por inconstitucionalidad en los eventos en los cuales tanto el derecho positivo –artículos 237-2 constitucional y 135 CPACA– como la jurisprudencia han reconocido la procedencia de este último medio de control<sup>53</sup>, igualmente ha abordado el tema de que el juez, en el caso concreto y con el efecto inter partes, es el encargado de definir si la norma objeto del control inmediato contiene o no disposiciones ilegales o inconstitucionales, caso en el cual debería declarar la excepción de inconstitucionalidad.<sup>54</sup>

(iii) conjuradores de las causas de la perturbación; (iv) necesarios respecto de la adopción de sus medidas, demostrando que las ordinarias eran exiguas; y (v) proporcionales, contemplando la razonabilidad que debe mediar entre la medida de excepción y la gravedad de los hechos.

<sup>48</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del tres (3) de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999), Consejero Ponente: Daniel Manrique Guzmán. Rad. CA-010

<sup>49</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del tres (3) de mayo de mil novecientos noventa y nueve 1999; Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque; Radicación número: CA- 011.

<sup>50</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del siete (7) de febrero del dos mil (2000); Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez. Radicación: CA-033. Consejo de Estado; Sentencia del veinticuatro (24) de Septiembre de dos mil dos (2002). Consejero Ponente: Alberto Arango Mantilla. Radicado número: CA-697; Sentencia del veintitrés (23) de noviembre de dos mil diez (2010). Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Radicado: 2010 – 00196; Sentencia del cinco (5) de marzo de dos mil doce (2012). Consejero Ponente, Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. Radicación número: 11001-03-15-000-2010-00369-00(CA)

<sup>51</sup> Salvamento de voto D.M.Guzmán. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del siete (7) de marzo del dos mil (2000). Consejero Ponente, Javier Díaz Bueno. Radicación número: CA-050

<sup>52</sup> Salvamento de voto D.G Leyva. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del dos (2) de septiembre de mil novecientos noventa y nueve (1999). Consejero Ponente, Javier Díaz Bueno. Radicación número: CA-008.

<sup>53</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Bogotá, Sentencia del once (11) de noviembre de dos mil diez (2010). Consejera ponente: María Elizabeth García González. Radicación número: 66001-23-31-000-2007-00070-01

<sup>54</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del cinco (5) de marzo de dos mil doce (2012). Consejero

Ahora bien, con la sentencia del 23 de noviembre de 2010<sup>55</sup> operó un viraje en la línea mantenida desde la CA-010 de 1999, que acaso puede ser visto como una reducción de las demás características antes desarrolladas por la jurisprudencia a los fines sustanciales del control inmediato de legalidad, conforme ya lo había puesto de presente la sentencia del 7 de febrero del 2000<sup>56</sup>, sin embargo, sólo redujo los requisitos ya vistos para efectos del control, pero precisó un aspecto relevante en cuanto a los ámbito normativos del juicio de legalidad del control inmediato de legalidad:

*En primer lugar, solo sobre las normas expedidas en desarrollo de EE [a], pero en caso de que el juez se percate de la existencia de la vulneración de cualquier otra norma que no haya sido suspendida o derogada por las disposiciones con fuerza de ley [b], dictadas al amparo del EE, procederá a declarar la ilegalidad de la norma que ha sido remitida para control de legalidad [c].*

Por lo tanto, el control integral es en realidad un juicio complejo que requiere un riguroso y estricto análisis de confrontación o comparación a partir de muchos **criterios enunciados**. Unos de carácter puramente formales, otros procedimentales, otra sustantivos o materiales, sistemáticos y finalísticos. Se tiene como parámetros normativos la Constitución, el bloque de constitucionalidad, los artículos 214 a 215 de la Constitución Política, la ley estatutaria de los Estados de Excepción (L. 137/94), los decretos legislativos bajo el amparo y en desarrollo del estado de excepción, las normas que ordinarias que no hayan sido suspendidas o derogadas con los decretos legislativos.

#### 4.2.2.1 Desarrollo de los decretos legislativos.

Se ha diferenciado, en principio, el criterio de materia, ya estudiado, con el concepto sustantivo del desarrollo de los decretos legislativos. Entonces, ¿A qué se refiere la norma cuando dice que el CIL recae sobre actos administrativos que se expidan “como desarrollo de los decretos legislativos durante los estados de excepción”?

Siguiendo dicho razonamiento, para que la Sala pueda saber si es un desarrollo o no de un decreto legislativo, presupone que se determine la materia, conforme a los cual es necesario: **a) Identificar** la totalidad de los decretos legislativos que fueron expedido con ocasión y durante el estado de excepción por parte del Gobierno. Para el caso que nos ocupa en este proceso se han expedido 72 decretos legislativos con base en el decreto 417 de 2020, los cuales son objeto de control automático de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional<sup>57</sup>; **b) Revisar** cada uno de dichos decretos legislativos con el objeto de determinar cuáles fueron cada una de las materias que fueron objeto de regulación; **c) Frente a lo anterior, confrontar o relacionar** las medidas o actos administrativos que fueron expedidos por la autoridad nacional, cuando se trata del control ante el Consejo de Estado, o las autoridades distritales, departamentales o municipales, para el caso de los Tribunales Administrativos y son objeto del CIL, con el propósito de determinar si se refiere a alguna de las materias que fueron reguladas por cualquiera de los decretos legislativos; **d) Por lo tanto, cuando se refiere la norma a que se trata de actos administrativos que sean expedidos “como desarrollo de los decretos**

Ponente, Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. Radicación número: 11001-03-15-000-2010-00369-00(CA)

<sup>55</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejo de Estado, Sentencia del 7 de febrero del 2000, CA-033 (M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez).

<sup>56</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejo de Estado, Sentencia del 23 de noviembre de 2010, Rad 11001-03-15-000-2010-00196-00(CA) (M.P. Ruth Stella Correa Palacio). Sentencia del 05 de marzo de 2012, Rad 11001-03-15-000-2010-00369-00(CA) (M.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas). Sentencia del 7 de febrero del 2000, 11001-03-15-000-2010-00390-00(CA) (M.P. Marco Antonio Velilla Moreno).

<sup>57</sup> <https://www.corteconstitucional.gov.co/micrositios/estado-de-emergencia/decretos.php>



legislativos durante los Estados de Excepción”, metodológicamente tendrá que haberse superado los anteriores análisis, y luego, dicho decreto tendrá que someterse al juicio integral de legalidad en su aspecto sustantivo y finalístico.

Entonces, como ya estamos dentro de la materia, vg. Contractual, D. 440 del 20 de marzo de 2020, por medio de la cual se adoptan medidas sobre urgencia manifiesta en materia contractual, con ocasión del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica derivadas de la Pandemia COVID-19, las preguntas pertinentes podrían ser: a) ¿Si otorgó facultades especiales a los gobernadores y alcaldes?; b) ¿Si es cierto lo anterior, las “desarrolló” el gobernador o el alcalde, dentro del marco del decreto, se desbordó, las utilizó para los fines del COVID19?; c) ¿La medida o acto administrativo expedido por el gobernador o alcalde, violó alguna norma ordinaria distinta al decreto legislativo, resulta inconstitucional, resulta violatoria del bloque de constitucionalidad?; d) ¿Qué pasa si la medida o el acto administrativo no contiene ninguna motivación o ésta simplemente utiliza fuentes normativas ordinarias pero en su contenido se refiere a alguna materia de los decretos legislativos?; e) ¿El acto es conexo con la causa, es transitorio, es proporcional?

#### **4.2.2.2 Las entidades territoriales y la administración central en el marco de los Estados de emergencia y su relación con los criterios que orientan el juicio integral del CIL.**

¿Cómo armonizar y articular estas funciones administrativas especiales entre las diferentes autoridades y entes territoriales, en el nuevo “régimen de legalidad”?

Los criterios que orientan el juicio integral del CIL necesariamente implican entender la complejidad de la relación jurídica que tiene lugar entre las entidades territoriales y el sector central en el marco de los estados de excepción. Lo anterior, como quiera que indagar sobre la proporcionalidad, correspondencia, adecuación y sistematicidad de las medidas adoptadas a nivel departamental y municipal, involucra acudir a los principios que orientan la relación jurídica existente entre el sector central y el territorial desde la Constitución de 1991, para efectos de realizar una lectura de la misma a la luz de la situación de anormalidad que llevó al Presidente de la República, como máxima autoridad de la Rama Ejecutiva, a declarar el estado de excepción.

“Colombia es un estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales” (Art. 1 CP). Desde la perspectiva estructural el estado es unitario, con órganos autónomos e independientes a nivel territorial y por servicio, que colaboran armónicamente en el cumplimiento de los fines del estado (Art. 113 CP). Desde la perspectiva administrativa y funcional, rigen los principios de coordinación, concurrencia y subordinación (Art. 287, 288 y 356 CP), lo cuales determinan el talante, el límite y los contenidos esenciales que deber ser regulados en el marco del estado de excepción.

Lo anterior significa que, aunque el estado colombiano se encuentre organizado como República unitaria, el funcionamiento del mismo y el ejercicio de la función administrativa se rige por otro tipo de principios que les permite a las entidades territoriales tener cierto nivel de autonomía, pero estar sujetas a principios de organización tendientes a la coordinación, concurrencia y subordinación.

Debido al carácter autónomo y descentralizado de las entidades territoriales, se ha comprendido como la capacidad de autogobernarse por autoridades, ejercer competencias propias, exclusivas y excluyentes, administrar recursos y establecer tributos, participar en rentas nacionales (Art. 287 CP) y decidir cuáles son las medidas adecuadas y razonables. La jurisprudencia ha precisado que el margen o capacidad de gestión que el constituyente y el legislador garantizan a las entidades territoriales implica la capacidad de que planeen, organicen, ejecuten y controlen sus funciones y competencias, concepto que se traduce en un supuesto de autonomía administrativa, fiscal y política. La administración central, por su parte, actúa conforme a la premisa de que todo asunto que trascienda a la esfera del nivel local o seccional concierne a la nación entera, ya que la conformación administrativa de nuestro Estado supone la asunción de competencias unificadas cuando quiera que se trate de asuntos que escapen al orden estrictamente territorial<sup>58</sup>. Por su parte, la Ley 1454 de 2011 también regula la materia al incluir un catálogo de principios más extenso y de segundo orden, entre los que se incluyen soberanía y unidad nacional, autonomía, descentralización, integración, regionalización, sostenibilidad, participación, solidaridad y equidad territorial.

Por lo tanto, habrá que realizar el juicio de ponderación de principios en cada caso concreto, para armonizar y articular las facultades que son ejercidas por el Presidente de la República a través de los decretos legislativos mediante los cuales se crea un "régimen de legalidad" según asuma las "materias" pertinentes, frente al desarrollo de cada una de estas materias que, en ejercicio de las funciones administrativas, expida la autoridad territorial. Autoridad que se encuentra dotada de la autonomía necesaria para regular los asuntos concernientes a su territorio de la forma que considere idónea y adecuada.

## 5. Sentencia del CIL

### 5.1 Efectos y alcances de la sentencia proferida en ejercicio del CIL.

Conforme lo dispuesto en el artículo 189 de la Ley 1437 de 2011, las sentencias proferidas en el marco del control inmediato de legalidad hacen tránsito a cosa juzgada relativa. Sólo producen efectos erga omnes en relación con las normas jurídicas superiores que sirvieron como marco normativo para efectuar el control.<sup>59</sup>

Estas sentencias hacen tránsito a cosa juzgada relativa por dos razones fundamentales. Por un parte, por la imposibilidad material de que control integral agote todos los escenarios de ilegalidad<sup>60/61</sup>. Por otra parte, en principio, el marco normativo es limitado en el control inmediato de legalidad; se encuentra delimitado por la Constitución Política, la Ley 137 de 1994 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.<sup>62</sup>

Ahora, en cuanto a los efectos de las sentencias proferidas en el marco del control inmediato de legalidad, el Consejo de Estado ha establecido que es facultad del juez contencioso administrativo fijar los efectos de sus fallos. Ello, en virtud del principio de

<sup>58</sup> Constitucional de Colombia, Sentencia C-471 de 1995, (M.P. Hernando Herrera Vergara); Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1258 de 2001, (M.P. Jaime Córdoba Triviño); Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1051 de 2001, (M.P. Jaime Araujo Rentería).

<sup>59</sup> Consejo de Estado. S. Plena, Sentencia 2010-00196, nov.23 de 2009. MP. Ruth Stella Correa, Reiterada en S. Plena, Sentencia 2020-01213, abr. 22 de 2020. MP. William Hernández Gómez.

<sup>60</sup> Consejo de Estado. S. Plena, Sentencia 2010-00196, nov.23 de 2009. MP. Ruth Stella Correa, Reiterada en S. Plena, Sentencia 2020-01213, abr. 22 de 2020. MP. William Hernández Gómez.

<sup>61</sup> Consejo de Estado. S. Plena, Sentencia 2009-00549, oct.20 de 2009. MP. Mauricio Fajardo Gómez

<sup>62</sup> Consejo de Estado. S. Primera, Sentencia 2010-00279, sep.26 de 2019. MP. Hernando Sánchez Sánchez

separación de poderes, la autonomía como elemento consustancial al ejercicio de la función jurisdiccional, el valor superior de la justicia, el principio de seguridad jurídica y la primacía del orden constitucional –y del legal, tratándose de la fiscalización de actos administrativos.<sup>63</sup>

Así las cosas, realizándose en este caso un juicio de legalidad de los actos expedidos por autoridades de orden departamental o municipal, el Tribunal tiene facultad para modular sus fallos. Esta encuentra su fundamento en los principios de efecto útil<sup>64</sup> y de conservación del derecho.<sup>65</sup>

En síntesis, lo que busca este principio es mantener la vigencia de algunos de los efectos jurídicos que emanen de la norma objeto de control, dejando como deber al juez la labor de interpretar, a fin de encontrar entre las varias interpretaciones posibles, la que se adecue al ordenamiento jurídico y de esa manera, con su decisión, mantenga vigente la norma revisada marcando el derrotero interpretativo en el cual la norma se ajusta al ordenamiento jurídico.

## **5.2 Modulación de sentencias en el marco del CIL.**

La técnica de modulación de los fallos permite al juez contencioso garantizar la supremacía de las normativas superiores sobre el acto administrativo objeto del control, al no retirar del ordenamiento una disposición administrativa que admite una lectura conforme a las normas superiores, pero simultáneamente respetando la supremacía de los preceptos constitucionales, legales o reglamentarias, sin que en modo alguno se extralimiten los poderes del juez administrativo<sup>66</sup>.

En este entendido, el Consejo de Estado, en sede de control inmediato de legalidad ha determinado que la modulación de sus fallos halla fundamento al encontrarse ante una disposición normativa que no admite una declaración de validez pura y simple. Esto es, que llanamente no se le puede considerar absolutamente nula o válida, por lo cual es menester del juez administrativo apoyarse en los principios del efecto útil de las normas y el de conservación del derecho, en virtud de los cuales se hace énfasis en la idea de que en la producción normativa se invierte un esfuerzo administrativo, jurídico y político que vale la pena conservar, que se deben y pueden modular las sentencias de validez, cuando se encuentre algún sentido a la norma controlada que se ajuste al derecho vigente.

A través de este mecanismo de modulación se cumple con eliminar del ordenamiento jurídico las interpretaciones y aplicaciones que vulneren el derecho, excluyendo de esta manera la ilegalidad a fin de mantener incólume el ordenamiento jurídico y en segundo lugar se logra conservar de manera exclusiva la aplicación o la interpretación que se encuentra ajustada al ordenamiento jurídico.

Frente a esta tesis, la Sala Plena del Consejo de Estado en sentencia del 16 de junio de 2009, a través de la cual realizó el control inmediato de legalidad al Decreto 837 de 2009, ratificó que el juez contencioso administrativo se conserva en el ámbito de la legalidad que debe observar al ejercer sus funciones pues lo que le ordena la Constitución y la ley es que controle la legalidad de los actos administrativos que examina, lo cual realiza con más

<sup>63</sup> Consejo de Estado. S. Plena, Sentencia 2009-00549, oct.20 de 2009. MP. Mauricio Fajardo Gómez

<sup>64</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-054 de 2016, MP Luis Ernesto Vargas Silva

<sup>65</sup> Consejo de Estado. S. Plena, Sentencia 2009-00305, jun.16 de 2009. MP. Enrique Gil Botero

<sup>66</sup> Consejo de Estado. Sec. Tercera. Sentencia 1998-05354, may.02 de 2007. MP. Ruth Stella Correa

perfección cuando modula las sentencias, toda vez que no siempre las situaciones que se presentan a sus ojos son blancas o negras, esto es, válidas o nulas –y menos en la compleja realidad jurídica que se vive-, y con esta técnica obtiene mayor provecho para ejercer el control de la administración pública moderna<sup>67</sup> En este fallo, el Consejo de Estado declaró la norma objeto de control condicionalmente válido, decantando la interpretación de un precepto normativo contenido en el acto administrativo controlado.

En síntesis, en virtud de la conservación del derecho y el efecto útil de las normas jurídicas, al juez contencioso administrativo, le asiste la facultad de modular sus fallos cuando, en el ejercicio de control objetivo de legalidad de los actos administrativos, se enfrente a una situación en la cual no sea posible declarar nula o válida una disposición de manera pura y simple. En ese caso podrá condicionar las interpretaciones que emanen de la norma objeto de control, para determinar en qué sentido ésta coexiste armónicamente con las normas que le sirven de marco normativo. Así, el juez administrativo debe emplear las herramientas de la modulación a fin de preservar en el término de las posibilidades, los efectos jurídicos provenientes de la norma controlada.

### **III. CASO EN CONCRETO**

#### **1. Precisión del caso.**

El Decreto 027 del 21 de marzo de 2020, proferido por la alcaldía municipal de Cachipay, declaró la urgencia manifiesta (art. 1), ordenó a la unidad de gestión del gasto acudir a esta figura para la contratación de obras, bienes y servicios necesarios para atender y superar situaciones directamente relacionadas con la respuesta, manejo y control de la pandemia CORONAVIRUS COVID-19 (art. 2), autorizó la realización de traslados presupuestales internos (art. 3), ordenó a los Secretarios de despacho coordinar la atención y apoyo requerido a causa de la emergencia nacional decretada (art. 4) y ordenó remitir dicho acto y los contratos que se suscriban con ocasión de la urgencia manifiesta declarada a la Contraloría General de la República (art. 5).

#### **1.1. Este acto administrativo se expidió con base en facultades ordinarias.**

Esto es, en ejercicio de las atribuciones que le otorgan los numerales 1 2 3 y 9 del artículo 315 constitucional, la Ley 1551 de 2012, la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 1082 de 2015. Además, en las consideraciones del acto objeto de control, se hizo referencia i) al Decreto 417 de 2020, por medio del cual se declaró el Estado de Emergencia, Social y Ecológica en todo el territorio nacional; y ii) a los Decretos 23, 24 y 26 de 2020, por medio de los cuales se declaró la alerta amarilla y la situación de calamidad pública en el municipio de Cachipay respectivamente.

#### **1.2. Los debates jurídicos que deben ser abordados para efectos de determinar la procedencia del CIL sobre los actos administrativos remitidos para control.**

Debido a que a través del Decreto 027 de 2020 se declaró la urgencia manifiesta y se invocó el Decreto 417 de 2020 como uno de sus fundamentos, la Sala considera que debe

<sup>67</sup> Consejo de Estado. S. Plena, Sentencia 2009-00305, jun.16 de 2009. MP. Enrique Gil Botero

precisar varios aspectos a efectos de determinar la técnica adecuada de control:

**a) Concurrencia de facultades ordinarias y facultades extraordinarias.**

Dentro de un mismo acto administrativo las autoridades públicas pueden emitir órdenes donde, de forma simultánea, ejerzan sus facultades ordinarias (atribuidas por la constitución y la Ley antes del EE) y aquellas extraordinarias y excepcionales (otorgadas con los decretos legislativos dentro del EE). En el caso en concreto, el acto objeto del presente CIL fue expedido durante la vigencia del Decreto 417 de 2020 y se incluyó el mismo de manera indirecta en las consideraciones. De allí que deba abordarse la problemática jurídica tendiente a establecer cuál debe ser el control adecuado a este tipo de actos administrativos en los que, en principio, concurren facultades ordinarias con extraordinarias, pues el CIL no puede tener el mismo alcance y no puede llevarse a cabo bajo los mismos criterios que son aplicables cuando se examinan actos administrativos que son expedidos en ejercicio de funciones administrativas, pero en últimas no desarrollan ninguna materia de los decretos legislativos expedidos durante el EE.

Lo procedente es que la Sala lleve a cabo el control del Decreto 027 de 2020, con el objeto de examinar si dentro de aquél el alcalde municipal de Cachipay desarrolla alguna de las materias establecidas en los decretos legislativos o ejerce alguna facultad extraordinaria, pues el único acto que invoca como fundamento es el Estado de excepción declarado por el Presidente de la República (D.L 417 de 2020). Deberá entonces esta Corporación diferenciar aquellas materias que caen dentro de la órbita de las facultades ordinarias, de las que sí pueden caer dentro del ámbito de las facultades extraordinarias derivadas del estado de excepción y de esta manera, sólo tener como objeto de control aquellas facultades que surgen a partir del estado de emergencia económica, social y ecológica. De otra forma, renunciaría a su función constitucional y legal, por una simple argucia formal de la autoridad administrativa que podría utilizar como fundamento el decreto legislativo que declara el EE para asumir competencias y funciones que no le corresponden dentro de un acto administrativo, rompiendo la coherencia normativa, arriesgando la seguridad jurídica y eludiendo con ello el control inmediato de legalidad.

**b) El CIL adecuado durante la vigencia del D. 417 de 2020.**

Si efectivamente hay concurrencia del ejercicio de funciones ordinarias y extraordinarias, entonces, ¿cuál debe ser el control adecuado? La respuesta a ello es un control negativo, en el que únicamente se evalúe la legalidad de la facultad extraordinaria que haya sido incluida dentro del acto administrativo. Es decir, debe diferenciarse y decantarse las materias que son propias de facultades extraordinarias para realizar su control, puesto que, si bien el decreto legislativo mediante el cual se declara el EE es una ley en sentido material y por tal razón tiene efectos jurídicos, es una ley habilitante que contiene causas y fines, pero que no ha sido desarrollada por medio de las materias que deben ser objeto de los decretos legislativos. En consecuencia, el control adecuado de este tipo de actos administrativos debe distinguir y excluir para su control, cualquier materia legislativa que esté reservada al legislador extraordinario u ordinario y que haya sido asumida por la autoridad administrativa en el acto administrativo objeto del CIL.

**c) El criterio de necesidad jurídica para efectos del CIL adecuado cuando han concurrido facultades ordinarias y extraordinarias en el mismo acto administrativo.** El COVID-19, como materia, puede ser abordado desde muchas perspectivas jurídicas: la OMS la declaró como pandemia mundial, el Ministerio de Salud como un asunto de salud pública (D. 385 de 2020); el Presidente de la República como un tema de orden público y seguridad ciudadana (D. 418 de 2020, Ley 1801 de 2016); como tema de riesgo y calamidad pública (Ley. 1523 de 2012) y como estado de excepción (Art. 215 CP, art. 20, L. 137 de 1994). Pero debido a que el Estado de excepción es una subversión del ordenamiento jurídico ordinario para crear un "régimen de legalidad" que permita superar las causas que generaron la crisis, con el único y exclusivo fin de superarlas y volver al estado de normalidad, asimismo, durante el Estado de excepción se le conceden facultades especiales y expresas para asumir ciertas materias a través de decretos legislativos. En consecuencia, las facultades ordinarias de las autoridades públicas siguen manteniendo vigencia, por tanto, si con base en ellas se pueden superar las causas que generan la crisis en las circunstancias particulares y concretas del territorio donde se van a aplicar, no tendría por qué hacerse uso de las facultades extraordinarias pues estas deben justificarse de manera más estricta. Es decir, sostiene la Corte Constitucional, en sentencia donde declaró inexecutable los artículos 1 y 2 del decreto legislativo 476 de 2020, expedido por el Gobierno Nacional en el marco de normas contempladas para enfrentar la emergencia sanitaria derivada del COVID19, que estas facultades extraordinarias deben ser necesarias jurídicamente, si no, son inconstitucionales o ilegales, respectivamente. Dijo, respecto del juicio de necesidad jurídica<sup>68</sup>:

*Dicho requisito evalúa si el Presidente de la República tenía a su disposición herramientas ordinarias para atender la emergencia correspondiente. En el caso concreto, la Corte determinó que las medidas consignadas en tales artículos incumplían esta exigencia porque las materias que regulan se encuentran desarrolladas en normas reglamentarias y en resoluciones dictadas en años anteriores por el propio Gobierno nacional.*

*A juicio de la Sala Plena, la existencia de esas normas ordinarias revela que el Gobierno nacional, antes de la declaratoria del estado de emergencia, ya tenía facultades legales para regular dichas materias y que por ello no era indispensable expedir un decreto legislativo.*

*El decreto fue aprobado por el Presidente de la República en el marco de la emergencia económica, ecológica y social que fue decretada el 17 de marzo de 2020. En términos generales, el decreto tenía por objeto autorizar al Ministerio de Salud y Protección Social y al Invima para que adelantaran ciertos trámites administrativos relacionados con la importación y fabricación local de medicamentos, productos y otros implementos que se necesitan para prevenir, diagnosticar y tratar la enfermedad Covid-19.*

*La Corte advirtió que la Constitución es muy estricta con el uso de las facultades del Presidente de la República en los estados de excepción. La Constitución busca que en estas circunstancias no se desborden los poderes otorgados, como sucedía con la Constitución anterior, y se mantenga el régimen democrático y el respeto por el ordenamiento jurídico y los derechos y libertades fundamentales.*

*Además, la Sala Plena encontró que la interpretación del Ministerio de Salud, en virtud de la cual el Decreto Legislativo facultaba implícitamente a esa entidad a suspender los trámites legales para la expedición de normas ordinarias, era*

<sup>68</sup> Corte Constitucional Boletín No. 66 del 28 de mayo de 2020. <https://www.corteconstitucional.gov.co/noticia.php?Declaran-inconstitucionales-las-facultades-otorgadas-al-Minsalud-y-al-INVIMA-en-el-marco-de-la-Emergencia-Econ%C3%B3mica-Social-y-Ecol%C3%B3gica-8907>

*equivocada. Señaló que, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción (artículo 12), la suspensión de leyes debe cumplir tres requisitos generales: (i) estar contenida en una norma de igual naturaleza, lo que para el caso es estar consagrada al menos en un decreto legislativo; (ii) debe ser explícita y detallada, esto es, indicar una a una las leyes cuyo efecto se suspende; y (iii) en la parte considerativa del decreto se deben expresar las razones por las cuales dichas leyes son incompatibles con el estado de emergencia.*

Así las cosas, es claro que las autoridades administrativas podrían, adoptando el criterio de necesidad jurídica del que habla la Corte, emitir órdenes y crear medidas para conjurar la crisis, en ejercicio de sus facultades ordinarias exclusivamente, pues si consideran que son suficientes y adecuadas para mitigar la propagación del COVID-19 en sus territorios, podrían no hacer uso de las extraordinarias que les atribuye el Presidente de la República dentro del EE y mucho menos podría el juez del CIL inmiscuirse señalándole que la herramienta jurídica adecuada debe ser la norma de EE, cosa que ocurriría si a pesar de haber motivado su acto en las normas ordinarias finalmente termina juzgándose el acto con normas que no aduce ni necesita, pues quien tiene la competencia para decidir cuáles son las necesidades particulares y concretas de su territorio es la autoridad pública respectiva y no el juez.

Precisado lo anterior, se procederá a realizar el control del Decreto 027 de 2020, que tiene como fundamento la declaratoria del Estado de excepción (D.L 417 de 2020).

En primer lugar, se verificarán los factores formales de competencia y posteriormente se realizará el juicio integral del acto, si hay lugar a ello.

## **2. Competencia de la Sala Plena.**

### **2.1. Aspectos formales del CIL.**

Desde la perspectiva de la existencia de la declaratoria del EE (D.L 417/20), los criterios i) temporal, ii) orgánico, iii) la naturaleza general y abstracta del acto objeto de CIL, y iv) el que haya sido expedido en ejercicio de la función administrativa, el Decreto 027 de 2020 cumple con todos estos requisitos que, a su vez, sirvieron de fundamento para que el Magistrado Ponente avocara conocimiento.

### **2.2. Se trata del ejercicio de funciones ordinarias. Expedición del acto administrativo sin que el mismo desarrolle un decreto legislativo proferido dentro de la excepcionalidad, o alguna de sus materias.**

Ahora bien, el criterio relativo a que el acto objeto de control “desarrolle alguno de los decretos legislativos” proferidos en el marco de la excepcionalidad no se cumple en relación con el Decreto 027 de 2020, aun cuando el mismo, en principio, invocaba como fundamento el D.L 417 de 2020.

Tal como se expuso en la parte considerativa de la presente providencia, procede un control negativo del acto administrativo donde se identifiquen y diferencien las materias que reguló el alcalde municipal de Cachipay en dicho decreto. Todo, con miras a determinar si alguna de las medidas adoptadas resulta ser desarrollo de una facultad excepcional o extraordinaria.

Para que la Sala pueda saber si un acto sometido a control es un desarrollo o no de un decreto legislativo y, en consecuencia, si la autoridad hace uso de alguna facultad excepcional, es necesario: a) Identificar la totalidad de los decretos legislativos que fueron expedidos con ocasión y durante el Estado de excepción por parte del Gobierno. Para el caso que nos ocupa en este proceso se han expedido 72 decretos legislativos con base en el decreto 417 de 2020, los cuales son objeto de control automático de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional<sup>69</sup>; b) Revisar cada uno de dichos decretos legislativos con el objeto de determinar cuáles fueron cada una de las materias que fueron objeto de regulación; y c) Frente a lo anterior, confrontar o relacionar las medidas o actos administrativos que fueron expedidos por las autoridades distritales, departamentales o municipales, y son objeto del CIL, con el propósito de determinar si se refiere a alguna de las materias que fueron reguladas por cualquiera de los decretos legislativos.

Por ello, si bien es cierto que el Decreto 027 del 22 de marzo de 2020 aduce tener como fundamento el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, también lo es que el acto administrativo objeto de examen no desarrolla alguna de las materias reguladas en los 72 decretos legislativos proferidos durante la vigencia del Decreto 417, así como tampoco es desarrollo de este último, pues como se advirtió, dicho acto únicamente tiene el carácter de norma habilitante.

Es importante señalar que, bajo el criterio de necesidad jurídica, el señor Alcalde de Cachipay consideró que lo que requería para su caso particular y concreto era utilizar una herramienta jurídica ordinaria, como es la institución de la contratación estatal por la figura de urgencia manifiesta, contemplada en la Ley 80 de 1993. No puede olvidarse que quien mejor conoce la realidad de su municipio es precisamente él y no el juez.

Obsérvese que la urgencia manifiesta es una institución jurídico contractual que puede decretar directamente cualquier autoridad administrativa, sin que medie autorización previa, a través de acto debidamente motivado. El artículo 42 de la Ley 80 de 1993, contempla 4 supuestos diferentes a partir de los cuales se puede configurar y declarar la urgencia manifiesta: **i)** Cuando la continuidad del servicio exija el suministro de bienes, o la prestación de servicios, o la ejecución de obras en el inmediato futuro; **ii)** Cuando se presenten situaciones relacionadas con los estados de excepción; **iii)** Cuando se trate de conjurar situaciones excepcionales relacionadas con hechos de calamidad o constitutivos de fuerza mayor o desastre que demanden actuaciones inmediatas y, **iv)** en general, cuando se trate de situaciones similares que imposibiliten acudir a los procedimientos de selección o concurso públicos.

Aunque uno de estos supuestos hace referencia a "situaciones relacionadas con los estados de excepción", lo cierto es que el Decreto 027 de 2020, objeto de control, no se expidió en desarrollo de las facultades extraordinarias otorgadas en virtud de tal Estado de excepción, por las siguientes razones:

1. Según la parte considerativa del Decreto objeto de control, el alcalde consideró que no tenía necesidad de acudir a la facultad extraordinaria otorgada en Estado de excepción, en tanto no se contempló el Decreto Legislativo 440 del 20 de marzo de 2020, en cuyo artículo 7º estableció que "con ocasión de la declaratoria de Estado de emergencia económica, social y ecológica, y en los términos del artículo 42 de

<sup>69</sup> <https://www.corteconstitucional.gov.co/micrositios/estado-de-emergencia/decretos.php>



la Ley 80 de 1993”, se entendía comprobado el hecho que daba lugar a declarar la urgencia manifiesta por parte de las entidades estatales

2. En la parte considerativa del acto objeto de control se hace referencia a los Decretos mediante los cuales se declaró la alerta amarilla y la situación de calamidad pública en el municipio, por lo que es claro que la causal por la que se está declarando la urgencia manifiesta no es la del Estado de excepción, sino la relacionada con “conjurar situaciones excepcionales relacionadas con hechos de calamidad”.
3. En el artículo primero del Decreto objeto de control se aclaró que la urgencia manifiesta se declaraba “para atender la situación de calamidad pública”.

Todo lo anterior permite concluir que en el acto objeto de control no se está haciendo uso de facultades extraordinarias otorgadas en el marco del Estado de excepción, sino que, la declaratoria de urgencia manifiesta se hace en virtud del artículo 42 de la Ley 80 de 1993, en desarrollo de facultades ordinarias.

Sobre el particular, es importante recordar que en estos casos, lo que verifica el juez del CIL es si el alcalde utilizó alguna facultad que tenga reserva legal amparado en la declaratoria del Estado de excepción mediante Decreto legislativo 417 de 2020, por ello no se inmiscuye en la revisión de sus facultades ordinarias, sino que su juicio va contra lo que no debió hacer por falta de competencia.

Es preciso señalar así, que la declaratoria de Estado de excepción no transforma la totalidad del ordenamiento jurídico, a tal punto de anular o suprimir las facultades legales y constitucionales que aquél otorgaba a las autoridades administrativas de orden municipal y departamental, sino que afecta unas materias específicas, que por ser excepcionales y extraordinarias a las funciones del Presidente de la República, requieren especial regulación a través de decretos legislativos. De allí, que aún en tiempos de anormalidad, las diferentes autoridades administrativas que orden municipal y departamental puedan expedir lineamientos y directrices generales haciendo uso de sus facultades ordinarias con la finalidad de preservar la salubridad pública de los habitantes de sus respectivos territorios, siempre que dicha materia no haya sido regulada de forma especial y preferente a través de alguno de los decretos legislativos proferidos por el Presidente de la República. Es decir, si subsiste la normatividad general y no ha habido una derogatoria explícita, como lo exige la sentencia C-179 de 1994, la autoridad pública puede decidir cuál es la herramienta adecuada que necesita para enfrentar la crisis en su territorio.

Así las cosas, es claro que este criterio que fija la competencia de la Sala Plena del Tribunal Administrativo de Cundinamarca no se encuentra satisfecho y, por tanto, la Corporación deberá declarar la improcedencia del control respecto al Decreto 027 de 2020, emitido por el señor alcalde municipal de Cachipay – Cundinamarca, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

Con todo, el hecho de que el decreto no pueda ser objeto de control a través del presente examen automático de legalidad, no impide que su legalidad y los efectos que pudiere haber ocasionado sean controvertidos a través de los demás medios de control previstos en la Ley 1437 de 2011, por parte de los interesados.

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

### FALLA

**PRIMERO: DECLARAR** improcedente el control inmediato de legalidad en relación con el Decreto 027 de 2020 expedido por el alcalde del municipio de Cachipay, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

**SEGUNDO: COMUNICAR** la presente decisión al alcalde del municipio de Cachipay, al gobernador de Cundinamarca y al Ministerio Público. **PUBLICAR** esta providencia en la página web de la rama judicial.

#### Correos para notificación:

[notificacionescontroldelegalidad@secretariajuridica.gov.co](mailto:notificacionescontroldelegalidad@secretariajuridica.gov.co)

[controldelegalidadcovid19tac@cundinamarca.gov.co](mailto:controldelegalidadcovid19tac@cundinamarca.gov.co)

[javelasco@procuraduria.gov.co](mailto:javelasco@procuraduria.gov.co)

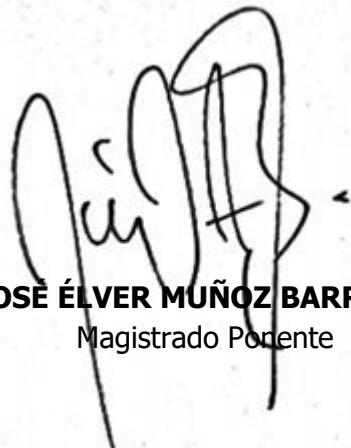
[despacho.alcalde@cachipay-cundinamarca.gov.co](mailto:despacho.alcalde@cachipay-cundinamarca.gov.co)

[alcalde@cachipay-cundinamarca.gov.co](mailto:alcalde@cachipay-cundinamarca.gov.co)

#### Correo de Secretaría donde se reciben comunicaciones para este proceso:

[scs03sb02tadmincdm@notificacionesrj.gov.co](mailto:scs03sb02tadmincdm@notificacionesrj.gov.co)

#### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



**JOSÉ ÉLVER MUÑOZ BARRERA**  
Magistrado Ponente



**AMPARO NAVARRO LÓPEZ**  
Presidenta