



**PROCURADURIA 43 JUDICIAL II
ASUNTOS ADMINISTRATIVOS
SANTA MARTA**

Santa Marta, dos (2) de junio de dos mil veinte (2020).

Doctora

MARIA VICTORIA QUIÑONES TRIANA

Magistrada Ponente

Tribunal Administrativo del Magdalena

E. S. D.

Ref. Control inmediato de legalidad Rad. 47-001-2333-000-2020-00319-00. Decreto número 056 del 27 de abril de 2020.

MANUEL MARIANO RUMBO MARTINEZ, mayor y vecino de Santa Marta, identificado tal como figura al pie de mi firma, actuando en mi condición de Procurador 43 Judicial II para la Conciliación Administrativa de Santa Marta, respetuosamente concurre ante usted dentro de la oportunidad señalada en el artículo 185 de la ley 1437 de 2011 para emitir concepto dentro del medio de control inmediato de legalidad, en los siguientes términos:

Acto sometido a control

Se trata del Decreto número 056 del 27 de abril de 2020, expedido por la Alcaldesa Municipal de Algarrobo Magdalena “”.

Antecedentes

La Alcaldía Municipal de Algarrobo Magdalena remitió al Tribunal Administrativo del Magdalena el Decreto número 056 del 27 de abril de 2020, a efectos que se surta el control inmediato de legalidad.

Sometido a reparto el asunto fue asignado al despacho de la Magistrada Ponente doctora MARIA VICTORIA QUIÑONES TRIANA, quien mediante proveído del 29 de abril de 2020 avocó el conocimiento del asunto y le impartió el trámite señalado en el artículo 185 de la ley 1437 de 2011.

Problema jurídico

En criterio de esta Procuraduría Judicial el problema jurídico que debe resolverse consiste en determinar si el Decreto número 056 del 27 de abril de 2020 expedido por el Alcalde Municipal de Algarrobo Magdalena, es pasible o no del medio de control inmediato de legalidad.

Tesis de la Procuraduría

El Decreto número 056 del 27 de abril de 2020 a pesar de ser un acto administrativo de carácter general expedido en ejercicio de funciones administrativas por una autoridad de carácter territorial, no es desarrollo de los decretos legislativos dictados a la luz del estado de excepción declarado mediante decreto 417 del 17 de marzo de 2020, por cuanto es posterior al mismo razón por la cual el Tribunal debe inhibirse para emitir un pronunciamiento de fondo pues el examen inmediato de legalidad no es procedente, por contrario la juridicidad del precitado acto administrativo debe analizarse a través del medio de control pertinente, esto es, la nulidad prevista en el artículo 137 de la ley 1437 de 2011, previa formulación de la demanda correspondiente en la que se señalen los cargos que se estimen pertinentes.

CONSIDERACIONES

Para sustentar la anterior tesis se analizará el objeto, finalidad, alcance, características del medio de control inmediato de legalidad y los requisitos que debe reunir la decisión general para ser sometida a dicho control.

Objeto, alcance y finalidad del medio de control inmediato de legalidad a la luz de la jurisprudencia del Consejo de Estado.

El artículo 20 de la ley estatutaria de los estados de excepción 137 de 1994, consagra el medio de control inmediato de legalidad en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 20. CONTROL DE LEGALIDAD. Las medidas de carácter general que sean dictadas en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos durante los Estados de Excepción, tendrán un control inmediato de legalidad, ejercido por la autoridad de lo contencioso administrativo en el lugar donde se expidan si se tratare de entidades territoriales o del Consejo de Estado si emanaren de autoridades nacionales.

Las autoridades competentes que los expidan enviarán los actos administrativos a la jurisdicción contencioso-administrativa indicada, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a su expedición”.

La ley 1437 de 2011, también lo consagra, así:

“ARTÍCULO 136. CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD. Las medidas de carácter general que sean dictadas en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos durante los Estados de Excepción, tendrán un control inmediato de legalidad, ejercido por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en el lugar donde se expidan, si se tratare de entidades territoriales, o del Consejo de Estado si emanaren de autoridades nacionales, de acuerdo con las reglas de competencia establecidas en este Código.

Las autoridades competentes que los expidan enviarán los actos administrativos a la autoridad judicial indicada, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a su expedición. Si no se efectuare el envío, la autoridad judicial competente aprehenderá de oficio su conocimiento”.

En sentencia C-179 de 1994, la Corte Constitucional explicó la finalidad del control inmediato de legalidad, así: *“Dicho control constituye una limitación al poder de las autoridades administrativas, y es medida eficaz con la cual se busca impedir la aplicación de normas ilegales”*. Por su parte la Sala Plena del Consejo de Estado en sentencia del 31 de mayo de 2011¹, al referirse a sus características y alcance, señaló:

“El control es automático como lo ha reiterado la jurisprudencia del Consejo de Estado con fundamento en el artículo 20 de la Ley 137, en cuyo tenor se dice que es “inmediato”, porque tan pronto se expide la norma, el Gobierno debe remitirla a esta jurisdicción para ejercer el examen de legalidad correspondiente.

¹ Radicación No. 11001-03-15-000-2010-00388-00(CA).

Se trata de un control oficioso que no opera por vía de acción, es decir, no está sujeto a la presentación de una demanda contenciosa que demarque los límites para el juicio de la legalidad del acto, y por tanto es integral en relación con los decretos legislativos respectivos y el art. 215 de la CP².

Es en este orden de ideas, un control automático que constituye garantía para los derechos de los ciudadanos y para el mantenimiento de la legalidad en abstracto frente a los poderes del ejecutivo durante los estados de excepción.

La Sala Plena ha tenido oportunidad de referirse a los alcances del control automático de juridicidad practicado por el Consejo de Estado respecto de los decretos proferidos por el Gobierno Nacional como desarrollo de los decretos legislativos que se dictan durante los estados de excepción. Ha señalado la jurisprudencia, como rasgos característicos del control inmediato de legalidad, entre otros, su carácter jurisdiccional, su integralidad, su autonomía, su inmediatez o automaticidad, su oficiosidad, el tránsito a cosa juzgada relativa, y “su compatibilidad y/o coexistencia con los cauces procesales ordinarios a través de los cuales resulta posible que cualquier ciudadano cuestione la legalidad de los actos administrativos”. Así, en sentencia de 20 de octubre de 2009³, la Sala indico lo siguiente:

(...).

En la anotada dirección y con el fin de esquematizar los presupuestos de procedibilidad del aludido control inmediato de legalidad, la jurisprudencia de esta Sala ha precisado lo siguiente:

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

- 1. Que se trate de un acto de contenido general.*
- 2. Que el mismo se haya dictado en ejercicio de la función administrativa, y*
- 3. Que el acto tenga como fin el desarrollar uno o más de los decretos legislativos expedidos en los estados de excepción⁴”.*

Asimismo, los rasgos en virtud de los cuales la jurisprudencia de esta Sala ha caracterizado el mencionado control inmediato son:

(i) Su carácter jurisdiccional, habida cuenta de que el examen del acto respectivo se realiza a través de un proceso judicial, de suerte que la naturaleza jurídica de la decisión mediante la cual se resuelve el asunto es una sentencia y los efectos propios de este tipo de providencias serán los que se produzcan en virtud de la decisión que adopte la jurisdicción acerca de la legalidad del acto controlado;

(ii) Su integralidad, en la medida en que los actos enjuiciados “deben confrontarse con todo el ordenamiento jurídico⁵” y la fiscalización que debe acometer el juez administrativo respecto del acto respectivo incluye “... la revisión de aspectos como la competencia para expedirlo, el cumplimiento de los requisitos de forma y de fondo, la conexidad de las medidas que se dictan con las causas que dieron origen a su implantación, el carácter transitorio y la proporcionalidad de las mismas, así como su conformidad con el resto del ordenamiento jurídico, siempre bajo el entendido de que ellas hacen parte de un conjunto de medidas proferidas con la exclusiva finalidad de “conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos⁶”;

(iii) Su autonomía, consistente en que resulta “posible realizar su revisión antes de que la Corte Constitucional se pronuncie sobre la exequibilidad del decreto declaratorio del estado de excepción y de los decretos legislativos que lo desarrollan⁷”; lo anterior sin perjuicio de que deban acatarse y

² Así lo expresó la Sala en sentencia de 16 de junio de 2009 Rad. 11001-03-15-000-2009-00305-00 (CA). CP: Enrique Gil Botero.

³ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, CP: Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia de veinte (20) de octubre de dos mil nueve (2009) Radicación número: 11001-03-15- 000-2009-00549-00(CA).

⁴ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 2 de noviembre de 1999; Consejero Ponente: Carlos Arturo Orjuela Góngora; Radicación número: CA- 037.

⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 3 de mayo de 1999; Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque; Radicación número: CA- 011.

⁶ Ídem.

⁷ Íbidem.

respetarse los efectos del fallo de constitucionalidad respectivo si este ya se ha proferido o en el momento en el cual se profiera, pero sin que ello suponga la existencia de prejudicialidad alguna del juicio de constitucionalidad que adelanta la Corte Constitucional en relación con el proceso que adelanta el Juez Administrativo; cosa distinta es que, en el evento de ser declarado(s) inexecutable(s) el(los) decreto(s) legislativo(s) desarrollado(s) por el acto administrativo cuya conformidad a derecho puede incluso haber sido decidida ya por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, esta última decisión administrativa pierda fuerza ejecutoria, en virtud de lo normado por el artículo 66-2 del Código Contencioso Administrativo⁸.

(iv) Su inmediatez o automaticidad, reflejada en el deber legal impuesto a las autoridades que expidan el correspondiente acto administrativo para efecto de que lo remitan a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo “dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a su expedición”—artículo 20 de la Ley 137 de 1994—; en relación con esta particularidad del mecanismo de control judicial aludido, recientemente la Sala señaló que:

“el control es automático, o como lo dice el art. 20 de la ley 137: “inmediato”, porque tan pronto se expide la norma el Gobierno debe remitirlo a esta jurisdicción para ejercer el examen de legalidad correspondiente. Ahora, esta clase de control tiene las siguientes características:

i) 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.

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

iii) También es automático o inmediato porque no se requiere de una demanda de nulidad para que la jurisdicción asuma el control. Por el contrario, la jurisdicción aprehende el acto, para controlarlo, aún contra la voluntad de quien lo expide, y sin limitación en cuanto a la legitimación por activa o por pasiva, ya que quien ordena hacer el control es la ley misma, no una demanda formal⁹”.

(v) Su oficiosidad, consistente en que, si la entidad autora del acto incumple con el precitado deber de envío del mismo a esta Jurisdicción, el juez competente queda facultado para asumir el conocimiento de las decisiones respectivas de forma oficiosa “o, incluso, como resultado del ejercicio del derecho constitucional de petición formulado ante él por cualquier persona¹⁰”;

(vi) El tránsito a cosa juzgada relativa que, en línea de principio y según lo que defina el juez competente en cada caso concreto, deberá predicarse de la sentencia mediante la cual se resuelve el fondo del asunto; ello habida consideración de que si bien el control automático o “inmediato” en cuestión, según se ha explicado, tiene por objeto establecer la conformidad del acto examinado para “con el resto del ordenamiento jurídico”, razones tanto de índole pragmático —la practica imposibilidad para el juez administrativo, por erudito y versado que pueda catalogársele, de llevar a cabo una confrontación real, efectiva y razonada del acto administrativo fiscalizado con todo precepto existente de rango constitucional o legal, (...) como de contenido estrictamente jurídico, justifican que el Juez de lo Contencioso Administrativo ejerza la facultad que, sin lugar a la menor hesitación, le concierne, consistente en fijar, en cada caso, los efectos de sus pronunciamientos, en claro paralelismo con la competencia que en esta materia ha conceptualizado la Corte Constitucional a fin de precisar los efectos de sus proveídos, en desarrollo de postulados constitucionales cuya operatividad, tratándose de las decisiones proferidas por el juez administrativo, no ofrece mayor discusión.

(...).

(vii) Como corolario de lo anterior, la última de las características del control judicial inmediato de legalidad en comentario la constituye su compatibilidad y/o coexistencia con los cauces procesales ordinarios a través de los cuales resulta posible que cualquier ciudadano cuestione la legalidad de los actos administrativos, de conformidad con lo establecido en los artículos 84, 128-1 y 132-1 del Código Contencioso Administrativo (...); en cuanto se refiere a la acción pública de nulidad, cabe señalar que la misma puede ejercerse, entonces, en contra de los actos administrativos que se adopten en

⁸ Precepto que, en lo aquí pertinente, dispone lo siguiente: “Artículo 66. Pérdida de fuerza ejecutoria. Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo, pero perderán su fuerza ejecutoria en los siguientes casos: (...) 2. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho”.

⁹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 16 de junio de 2009; Consejero Ponente: Enrique Gil Botero; Ref.: 11001-03-15-000-2009-00305-00.

¹⁰ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 7 de febrero de 2000; radicación: CA-033.

desarrollo de aquellos decretos legislativos que, a su turno, se dicten al amparo de un estado de excepción, por lo menos atendidas las siguientes razones:

- En primer término, dado que, según se explicó, el Juez de lo Contencioso Administrativo tiene atribuida la potestad de señalar cuales son los efectos de sus sentencias y, consecuentemente, cuando hubiere lugar a ello, de establecer que las mismas hacen tránsito a cosa juzgada relativa;

- En segundo lugar, comoquiera que, desde una perspectiva estrictamente exegética, las disposiciones legales mencionadas que contienen los artículos 84, 128-1 y 132-1 C.C.A., no efectúan distinción alguna acerca del tipo de actos administrativos en contra de los cuales procede instaurar la acción pública de nulidad, carecería de fundamento normativo que el intérprete introdujese una diferenciación de tal naturaleza, para excluir a los actos administrativos que se dicten en desarrollo de los decretos legislativos que, a su vez, se expiden dentro de un estado de excepción.

- Tampoco se incluye previsión alguna en el anotado sentido, en el artículo 20 de la Ley Estatutaria 137 de 1994, en el cual simplemente se señala que las medidas adoptadas en ejercicio de la función administrativa durante los estados de excepción, esto es, los actos administrativos correspondientes, serán sometidos a control inmediato de legalidad, sin que se excluya la posibilidad de que dichos actos puedan también ser enjuiciados a través del contencioso ordinario de anulación, el cual, por consiguiente, no resulta incompatible con el mecanismo de fiscalización excepcional previsto en el referido precepto legal.

- No puede perderse de vista que el aludido contencioso popular de anulación constituye materialización tanto de claros y expresos postulados constitucionales, como incluso de derechos fundamentales de los cuales son titulares todos los ciudadanos, pues el mecanismo procesal en cuestión constituye uno de los principales vehículos a través de los cuales se concretan los imperativos contenidos en los artículos 89 y 229 constitucionales, preceptos que defieren al legislador el señalamiento de los cauces procesales necesarios para que los ciudadanos puedan propugnar por la integridad del orden jurídico, por la protección de sus derechos y consagran, en consonancia con lo anterior, el derecho fundamental de acceso a la Administración de Justicia, respectivamente”.

No sobra advertir que de manera reciente las Sala Especial de Decisión del Consejo de Estado en auto del 31 de marzo de 2020, expediente 110010315000202000958-00 con ponencia del doctor OSVALDO GIRALDO LOPEZ, indicó que el medio de control inmediato de legalidad se circunscribe a actos administrativos generales expedidos en ejercicio de funciones administrativas con ocasión de la declaratoria del estado de excepción, considerado en consecuencia que solo son pasibles de este medio de control aquellos que desarrollen tales decretos legislativos y por tanto no debe tratarse de decretos que sean el resultado o expresión de una facultad administrativa ordinaria de reglamentación de leyes del Congreso de la República que no se relacionen con el estado de excepción.

Por su parte, en proveído del 31 de marzo de 2020, con ponencia de la Consejera LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ, expediente 110010315000202000950-00, precisó que son pasibles del medio de control las medidas generales dictadas en ejercicio de funciones administrativas y como desarrollo de los decretos legislativos, para lo cual especifica 3 factores para identificar actos objeto de ese tipo de control, a saber: el factor subjetivo de autoría que implica que el acto debe emanar de una autoridad nacional; el factor objeto pues debe tratarse de un acto administrativo general y finalmente un factor de motivación o causa, esto es, que el acto debe provenir, devenir y derivarse del ejercicio de la “*función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos durante los Estados de Excepción*”.

Esa misma línea de pensamiento fue reiterada en auto del 21 de abril de 2020, expediente 110010315000202001166-00, en el que además se precisó respecto del factor motivación o causa, que el acto general puede no especificar de manera concreta el decreto legislativo que desarrolla, pero basta para satisfacer tal presupuesto con que el acto se haga alusión al artículo 215 de la Constitución o que del contexto en el que se profirió, aplicando el principio de primacía de lo sustancial sobre lo formal se pueda inferir, al menos *prima facie*, que existe una relación de causalidad entre los decretos legislativos y la decisión general sometida a control de legalidad inmediato.

Ahora bien, en proveído del 16 de abril de 2020, la Subsección Segunda del Consejo de Estado con ponencia del Consejero WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ, expediente número

110010315000202001006-00, se refirió al alcance del medio de control inmediato de legalidad, para señalar que el mismo cobija decisiones generales dictadas en ejercicio de funciones administrativas como desarrollo de decretos legislativos y que en tal acepción, estaban comprendido no solo los actos administrativos de carácter general, sino además las comunicaciones o instrucciones, como es el caso de los memorandos, circulares, directivas y otros instrumentos que sean manifestaciones del poder jerárquico de la administración conocidos como actos internos de la administración cuya finalidad consiste asegurar la cohesión y la coherencia de la actividad administrativa del Estado, sin generar un impacto exterior a ella que pueda afectar a los administrados; también acotó que el marco de la garantía de la tutela judicial efectiva atendiendo que los términos judiciales para el trámite de otros medios de control como la nulidad se encontraban suspendidos por virtud de la emergencia producida por la propagación del Covid-19 y ello podía posibilitar que se cumplieran lo dispuesto en actos administrativos ilegales, resulta necesario ampliar el objeto del control inmediato de legalidad, para que incluso la jurisdicción contenciosa estudiara bajo el mismo la legalidad de actos administrativos que en principio escapan a dicho control debido a la situación de urgencia, pero que se dictaron una vez declarado el estado de excepción.

Finalmente, ha de decirse que el Consejo de Estado en proveídos del 23 de abril de 2020, expediente 11001-03-15-000-2020-01123-00(CA), Magistrada Ponente ROCIO ARAUJO OÑATE y del 21 de abril de 2020 expediente 11001-03-15-000-2020-01190-00(CA) Magistrado Ponente JAIME ENRIQUE RODRIGUEZ NAVAS, delineo con claridad que las decisiones generales sometidas a control inmediato de legalidad deben atender un factor temporal: Han de ser dictadas durante el estado de excepción. En estos proveídos no se avocó el estudio de unos actos administrativos porque se profirieron antes del 17 de marzo y después del 17 de abril de 2020, porque durante esas fechas no había estado de excepción. Recuérdese que el Decreto legislativo 417 del 17 de marzo de 2020 declaró el estado de excepción de emergencia económica, social y ecológica por un lapso de 30 días calendario, sin que se hubiere producido la prórroga inmediata del mismo.

Toma de posición de la Procuraduría sobre el alcance del medio de control inmediato de legalidad.

Como bien se observa existen varias posiciones relevantes frente al alcance del control inmediato de legalidad, a saber:

1. La que propugna porque solo sea pasible de este medio de control las decisiones generales dictadas en ejercicio de funciones administrativas como desarrollo de los decretos legislativos dictados en los estados de excepción. Esta tesis es compartida en los autos del 31 de marzo y 22 de abril de 2020 que se han citado.
2. La que permite el control de los actos generales que se dicten con el fin de desarrollar los decretos legislativos dictados o los que se dicten con ocasión del estado de excepción, que en todo caso deben constituir un desarrollo material del mismo.
3. La que, bajo una reinterpretación del medio de control a la luz de la garantía de la tutela judicial efectiva, pretende ampliar el alcance del control inmediato de legalidad incluso para aquellas decisiones generales dictadas en ejercicio de funciones administrativas que incluso no sean desarrollo de los decretos legislativos proferidos en el marco del estado de excepción, en virtud de la imposibilidad de acceder al medio ordinario de defensa, dado que se ha decretado la suspensión de los términos judiciales.

Para esta Procuraduría la tesis que debe imponerse es la que propende por el control de los actos generales que se dicten con el fin de desarrollar el estado de excepción o los que a su vez desarrollen los decretos legislativos expedidos, que en todo caso deben constituir un desarrollo material del mismo, pues se encuentra conforme con lo dispuesto en el artículo 20 de la ley 137 de 1994, el artículo 136 de la ley 1437 de 2011 y lo señalado por la Corte

Constitucional en la sentencia C-179 de 1994, además respeta las reglas del debido proceso y no desnaturaliza el medio de control inmediato de legalidad.

No se comparte la interpretación extensiva que en el auto del 15 de abril de 2020 pretende hacerse del medio de control inmediato de legalidad por cuanto el alcance del medio de control quedó claramente delineado en el artículo 20 de la ley estatutaria 137 de 1994 que fue objeto de pronunciamiento por la Corte Constitucional sin ningún tipo de condicionamiento, además no se ha producido un cambio normativo sustancial que permita ampliar el campo de aplicación del mismo, el cual debe ser objeto de desarrollo legal por parte del legislador, sin que sea dado al juez contencioso entrar a suplir una competencia constitucionalmente fijada; el medio de control de nulidad previsto en el artículo 137 de la ley 1437 de 2011 ha sido el instrumento previsto por el legislador para controlar la legalidad de los actos administrativos generales con el cual se garantiza la tutela judicial efectiva, el respeto del ordenamiento jurídico en abstracto y en el cual se puede solicitar medidas cautelares de urgencia que implican la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo, además el argumento expuesto por el magistrado ponente, relacionado con la suspensión de términos judiciales para el trámite de los procesos de simple nulidad, aunque loable, no resulta valido en los actuales momentos pues la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura mediante acuerdo número **PCSJA20-11546** del 25 de abril de 2020 levantó la suspensión de términos judiciales respecto de los procesos de simple nulidad que se promuevan contra actos administrativos dictados en el marco de la emergencia sanitaria por el Covid-19.

Así las cosas, seguidamente se estudiará si el acto remitido es pasible del medio de control inmediato de legalidad.

La duración del estado de excepción y la necesidad que las medidas generales sean dictadas durante su vigencia.

Mediante decreto legislativo 417 del 17 de marzo de 2020, el Presidente de la República declaró el estado de emergencia económica, social y ecológica por un plazo de 30 días calendario, dicho término feneció el día 17 de abril de 2020; sin que se hubiere dispuesto la prorroga inmediata del mismo, tal como lo posibilita el artículo 215 de la Constitución Política.

Posteriormente, mediante decreto legislativo 737 del 4 de mayo de 2020, se declaró el estado de emergencia económica, social y ecológica por el término de 30 días calendario.

Lo anterior significa que entre el 18 de abril y hasta el 3 de mayo de 2020, no existía estado de excepción declarado en el territorio nacional.

Ahora bien, rememorando lo señalado en las providencias del 21¹¹ y 23¹² de abril de 2020, proferidas por las Salas Especiales de Decisión del Consejo de Estado, las medidas generales susceptibles del Control Inmediato de Legalidad deben ser dictadas durante el estado de excepción, siendo este el limite temporal previsto en el artículo 20 de la ley 137 de 1996 y en el artículo 136 de la ley 1437 de 2011. En dichas providencias el Consejo de Estado, señaló:

“15. Como se observa, mientras que el artículo 136 hace referencia a las medidas de carácter general en el primer inciso, en el segundo de ellos el propio legislador introdujo el concepto de acto administrativo para fijar que, dentro del universo de actos de la administración, expedidos en desarrollo y durante de los estados de excepción, tienen control inmediato de legalidad aquellos de carácter general que crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas, en tanto son verdaderos actos administrativos.

¹¹ Rad. No. 11001-0315-000-2020-01190-00.

¹² Rad. No. 11001-0315-000-2020-01123-00.

16. Así pues, para que proceda el control inmediato de legalidad el acto de la administración debe reunir, en forma concurrente, los siguientes requisitos: i) tratarse de un acto administrativo, expedido en ejercicio de funciones de la misma naturaleza jurídica; y ii) desarrollar los decretos legislativos del estado de excepción, durante la vigencia de este.

17. Contrario sensu, si el acto remitido por la autoridad no cumple una o las dos condiciones señaladas anteriormente, el control inmediato de legalidad se torna improcedente y, en consecuencia, el juez debe abstenerse de avocar el conocimiento para ejercerlo”.

“3.3. La ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) en el art. 136, impone el Control Inmediato de Legalidad a 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”.

Examen de los factores que determinan la aplicación o no del medio de control inmediato de legalidad en el caso concreto.

De acuerdo con la línea jurisprudencial imperante, la decisión general, llámese acto administrativo, circular de servicio, comunicación, oficio, instrucción que es susceptible del medio de control inmediato de legalidad es aquél que:

1. Que se trate de un acto de contenido general.

El Decreto 056 del 27 de abril de 2020 es un acto administrativo de contenido general, impersonal y abstracto, pues constituye una manifestación unilateral de la administración que produce un efecto jurídico e impacta a la generalidad de los habitantes del Municipio de Algarrobo Magdalena, pues a través de dicho acto administrativo se adoptan medidas policivas para prevenir contagios con el coronavirus COVID-19, adoptando las disposiciones del Decreto Nacional 593 del 24 de abril de 2020.

2. Que se haya dictado en ejercicio de la función administrativa por una autoridad del orden territorial.

Se cumple este presupuesto, pues el decreto en mención fue expedido por el Alcalde Municipal de Algarrobo Magdalena en ejercicio de las funciones administrativas consagradas en el artículo 315 de la Constitución Política, en armonía con las leyes 1801 de 2016 y 715 de 2000 y la resolución número 385 del 12 de marzo de 2020 expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social, por medio del cual se declaró la emergencia sanitaria en todo el territorio nacional.

3. Que el acto se expida durante el estado de excepción y tenga como fin el desarrollar uno o más de los decretos legislativos expedidos.

Sobre este aspecto advierte la Procuraduría que el Decreto número 056 del 27 de abril de 2020, se profirió después de la vigencia del Decreto legislativo 417 del 17 de marzo de 2020 que declaró el estado de emergencia económica, social y ecológica por un lapso de 30 días calendario que no se prorrogaron, por ende no puede sostenerse que el acto remitido para estudio del Tribunal constituya un desarrollo o se hubiere emitido como consecuencia, con ocasión o durante la vigencia del estado de excepción que es presupuesto indispensable para la procedibilidad del medio de control inmediato de legalidad, conforme lo delinea la jurisprudencia citada en el acápite anterior.

En efecto, se observa que el acto remitido a control inmediato de legalidad fue emitido al amparo de la emergencia sanitaria nacional declarada por el Ministerio de Salud mediante resolución 385 del 12 de marzo de 2020 en el marco de las competencias que le asigna la ley 1753 de 2015, a raíz de la cual se formularon estrategias para prevenir, mitigar o disminuir la propagación de los contagios con el coronavirus Covid-19 y que de igual manera obedecen a razones de salubridad pública, en el marco de lo dispuesto en la ley 9 de 1979 y sus decretos

reglamentarios 3518 de 2006 y 780 de 2016, en las cuales se prevén medidas para la contención de epidemias, precisamente en el marco de dicha emergencia sanitaria el gobierno nacional expidió decretos ordinarios que desarrollan las funciones de policía, como ocurre con los decretos 418, 420, 457, 531, 536, 593 y 636 de 2020, los cuales no desarrollan facultades extraordinarias y basta remitirse a las motivaciones de los mismos, precisamente tales decretos son el fundamento normativo del decreto 056 del 27 de abril de 2020, que contiene medidas encaminadas a disminuir el contagio anteriormente referido limitando algunos derechos.

Por otro lado, la emergencia económica, social y ecológica se declaró mediante decreto legislativo número 417 del 17 de marzo de 2020, por el término de 30 días calendario, que no se prorrogaron inmediatamente, a efectos de adoptar medidas extraordinarias ante la insuficiencia de atribuciones ordinarias con las que cuentan las autoridades estatales para hacer frente a las circunstancias imprevistas y detonantes de la crisis económica y social generada por la pandemia del nuevo Coronavirus COVID-19, en particular, aquellas que permitan acudir a mecanismos de apoyo al sector salud, y mitigar los efectos económicos que está enfrentando el país. El estado de excepción se declaró entonces para el ejercicio de *“poderes extraordinarios del Estado”* o de *“facultades excepcionales del Gobierno”* para regular el aspecto económico y social derivado de la aplicación de las medidas ordinarias implementadas en el marco de la emergencia sanitaria para evitar y luego mitigar el contagio con el nuevo coronavirus Covid-19, pues el aislamiento social, el confinamiento, la cuarentena, el suspensión temporal de actividades y servicios ha impactado la economía, por ende, ante tal situación extraordinaria derivada de las consecuencias de la aplicación de las medidas implementadas para combatir la epidemia, es que el Gobierno Nacional pretendió hacer uso del poder regulatorio excepcional.

Dado que han coincidido en el tiempo dos fenómenos distintos, la emergencia sanitaria y la declaratoria del estado de excepción, uno que sirvió de antecedente factico al otro, debe señalarse que no toda medida que se adopte en el marco de un estado de excepción o con justificación en él es, por ese solo hecho manifestación del poder regulatorio excepcional, así se desprende de lo dispuesto en el artículo noveno de la ley 137 de 1994, al señalar con toda claridad que: *“Las facultades a que se refiere esta ley no pueden ser utilizadas siempre que se haya declarado el estado de excepción sino, únicamente, cuando se cumplan los principios de finalidad, necesidad, proporcionalidad, motivación de incompatibilidad, y se den las condiciones y requisitos a los cuales se refiere la presente ley”*.

Así pues, a pesar que el estado de excepción habilita al ejecutivo nacional y territorial para expedir decisiones generales de carácter administrativo, estas pueden obedecer al normal ejercicio de las competencias ordinarias constitucional y legalmente establecidas o pueden corresponder al autentico ejercicio de facultades extraordinarias; por su puesto, uno y otro tipo de medidas generales serán objeto del medio de control inmediato de legalidad, en tanto y en cuanto sean estrictamente necesarias para desarrollar materialmente los decretos legislativos que expide el Gobierno Nacional en el marco de un estado de excepción, esto es, durante su vigencia.

Lo dicho no significa que el ejercicio de facultades ordinarias antes, durante o después de un estado de excepción estén relevadas de control judicial, todo lo contrario, en el marco de un estado social de derecho y respetuoso del principio de legalidad, el control de su juridicidad corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo a través de medios de control eficaces como lo son la nulidad por inconstitucionalidad o la nulidad simple, previstas en los artículos 135 y 137 de la ley 1437 de 2011, que en el marco de lo dispuesto en el artículo 238 de la Constitución y de cara a los desarrollos legales contenidos en los artículos 229 y siguientes de dicho código posibilitan inclusive la adopción de medidas cautelares de urgencia, posibilidad que escapa al marco del control inmediato de legalidad dado la estructura de su procedimiento

y la falta de previsión legal sobre la procedibilidad de una eventual suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos.

Así las cosas, el medio de control pertinente para el examen de legalidad del dicho decreto es la nulidad consagrada en el artículo 137 de la ley 1437 de 2011, sin embargo, para que la jurisdicción contenciosa administrativa aprehenda su conocimiento es necesario que se formule la correspondiente demanda en la cual se plasmen los cargos que se estimen pertinentes para cuestionar su validez, asunto que de acuerdo con las reglas de competencia funcional estaría atribuido en primera instancia a los jueces administrativos, a la luz del artículo 155 numeral 1 del C.P.A.C.A.

En conclusión, para el Ministerio Público el control inmediato de legalidad en este asunto resulta improcedente y por ello como quiera que se avocó su conocimiento por el Tribunal, lo pertinente es inhibirse para resolver sobre el fondo del asunto o en su defecto rechazar el control inmediato de legalidad.

Petición

Conforme a lo expuesto, la decisión que en criterio del Ministerio Público se impone es la inhibición para efectuar el control inmediato de legalidad dada la improcedencia de este, pues el acto no se expidió como desarrollo o con ocasión de los decretos legislativos relativos a la emergencia económica, social y ecológica declarada mediante decreto 417 del 17 de marzo de 2020, mucho menos durante la vigencia de éste.

En los anteriores términos dejo sentada la intervención del Ministerio Público en defensa del orden jurídico,

Agradeciendo la atención prestada,

MANUEL MARIANO RUMBO MARTINEZ
Procurador 43 Judicial II
Asuntos Administrativos