



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA

-SALA DE DECISIÓN 001-
SENTENCIA No. 175

Popayán, veintisiete (27) de agosto de dos mil veinte (2020)

Magistrado ponente Carlos Leonel Buitrago Chávez
Radicación: 19001-23-33-001-2020-00431-00
Medio de control: Control inmediato de legalidad
Acto controlado: Decreto 0730-05-2020 de 11 de mayo de 2020
Entidad emisora: Departamento Cauca.

De conformidad con los artículos 20 de la Ley 137 de 1994, y 136 y 151 -14- del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la Sala hace el control de legalidad del Decreto 0730-05-2020 de 11 de mayo de 2020, *“Por el cual se amplía la medida de toque de queda en el Departamento del Cauca y se imparten directrices como consecuencia de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del Coronavirus COVID-19.”*.

I. ANTECEDENTES DEL DECRETO

1. Mediante Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, el presidente de la República, con la firma de todos los ministros y en ejercicio de las facultades constitucionales y legales, en especial las del artículo 215 de la Constitución Política y de la Ley 137 de 1994, luego de considerar, entre otras cosas, que el 7 de enero de 2020, la *“Organización Mundial de la Salud, identificó el nuevo coronavirus - COVID-19 y declaró este brote como emergencia de salud pública de importancia internacional”* y que el *“6 de marzo de 2020 el Ministerio de Salud y de la Protección Social dio a conocer el primer caso de*

Radicación: 19001-23-33-001-2020-00431-00.
Acto controlado: Decreto 0730-05-2020 de 11 de mayo de 2020.
Entidad Emisora: Departamento del Cauca.
Medio de control: Control inmediato de legalidad.

Tribunal Administrativo del Cauca

brote de enfermedad por coronavirus - COVID-19 en el territorio nacional"; declaró, por 30 días calendario, el “*Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional*”, para “*limitar las posibilidades de propagación del nuevo virus Covid 19 y de proteger la salud del público en general y de los servidores públicos que los atienden...*”, entre los fines más destacados.

Con el Decreto 637 de 06 de mayo de 2020, se declaró el “*Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional, por el término de treinta (30) días calendario, contados a partir de la vigencia de este decreto*”. Para adoptar dicha decisión, principalmente se tuvieron en cuenta las afectaciones de índole económico derivadas del COVID-19. Además, dentro de sus considerandos, se consignó que “*con el propósito de limitar las posibilidades de propagación del nuevo coronavirus Covid 19 y de proteger la salud del público en general y de los servidores públicos que los atienden, se hace necesario expedir normas de orden legal que flexibilicen la obligación de atención personalizada al usuario se permita, incluso, la suspensión de términos legales en las actuaciones administrativas y jurisdiccionales, así como disposiciones tendientes a generar eficiencia administrativa en el sector público*”.

2. EL ACTO OBJETO DEL PRESENTE CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD.

El gobernador del departamento del Cauca, expidió el decreto de la referencia, donde dispuso -transcripción literal-:

“ARTÍCULO PRIMERO: Ampliar la acción transitoria de policía para prevención del riesgo de contagio y/o propagación de la enfermedad COVID-19 en el Departamento del Cauca, el toque de queda hasta el día 25 de mayo de 2020.

ARTÍCULO SEGUNDO: Se prohíbe dentro de la jurisdicción del Departamento del Cauca, el consumo de bebidas embriagantes, en espacios abiertos y

Radicación: 19001-23-33-001-2020-00431-00.
Acto controlado: Decreto 0730-05-2020 de 11 de mayo de 2020.
Entidad Emisora: Departamento del Cauca.
Medio de control: Control inmediato de legalidad.

Tribunal Administrativo del Cauca

establecimientos de comercio, hasta las 00:00 horas del día 25 de mayo de 2020, en el marco de la emergencia sanitaria por causa del Coronavirus COVID-19. No queda prohibido el expendio de bebidas embriagantes y de conformidad con el artículo 8 del Decreto nacional 636 de 2020.

PARÁGRAFO: Para garantizar el expendio de las bebidas que trata este artículo, se autoriza el transporte para la distribución de productos de la Industria Licorera del Cauca y de los insumos que sirven de materia prima para su producción, sin perjuicio de las excepciones a las medidas de aislamiento preventivo contenidas en el artículo 3 del Decreto nacional 636 de 2020.

ARTÍCULO TERCERO: Remitir el presente decreto al Tribunal Administrativo del Cauca para lo de su competencia, de conformidad con el artículo 136 de la ley 1437 de 2011.

ARTÍCULO CUARTO: El presente acto administrativo rige a partir de la fecha de su expedición”.

Como fundamento de su decisión indicó -transcripción literal-:

“EL GOBERNADOR DEL DEPARTAMENTO DEL CAUCA, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial las conferidas en el artículo 305 de la Constitución Política, Ley 1801 de 2016, y

CONSIDERANDO

El artículo 202 de la Ley 1801 de 2016, otorga a los gobernadores y alcaldes la competencia extraordinaria de policía ante situaciones de emergencia y calamidad, que amenacen o afecten gravemente a la población y con el propósito de prevenir el riesgo o mitigar los efectos de desastres, epidemias, calamidades, situaciones de inseguridad y disminuir el impacto de sus posibles consecuencias, estas autoridades en su respectivo territorio, podrán ordenar entre otras, las siguientes medidas, con el único fin de proteger y auxiliar a las personas y evitar perjuicios mayores:

(...)

6. Decretar el toque de queda cuando las circunstancias así lo exijan.

(...)

12. Las demás medidas que consideren necesarias para superar los efectos de la situación de emergencia, calamidad, situaciones extraordinarias de inseguridad y prevenir una situación aún más compleja.

El presidente de la Republica, mediante Decreto Legislativo 531 de 8 de abril de 2020, impartió instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada

Radicación: 19001-23-33-001-2020-00431-00.
Acto controlado: Decreto 0730-05-2020 de 11 de mayo de 2020.
Entidad Emisora: Departamento del Cauca.
Medio de control: Control inmediato de legalidad.

Tribunal Administrativo del Cauca

por la pandemia del Coronavirus COVID-19 y el mantenimiento del orden público.

El artículo 2 ibídem, ordenó a los gobernadores y alcaldes que, en el marco de sus competencias constitucionales y legales, adopten instrucciones, actos y órdenes necesarias para la debida ejecución de la medida de aislamiento preventivo obligatorio de todas las personas habitantes de la República de Colombia.

Se hace necesario ampliar la adopción de acciones transitorias de policía que restrinjan la libre circulación de las personas en el Departamento del Cauca, buscando reducir los factores de riesgo de contagio y prevenir las consecuencias negativas de la enfermedad COVID-19.

Las medidas adoptadas se encuentran dentro del marco establecido por el artículo 1 del Decreto 531 del 8 de abril de 2020 “Por el cual se imparten instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del Coronavirus COVID-19 y el mantenimiento del orden público”.

Así mismo la administración Departamental mediante Decreto 0712 del 20 de abril de 2020 amplió la medida de toque de queda en el Departamento del Cauca e impartió directrices como consecuencia de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del Coronavirus COVID-19.

El miércoles 6 de mayo de 2020, el Presidente de la Republica, informó al país que en Desarrollo de la Emergencia Sanitaria declarada mediante resolución No.385 del 11 de mayo de 2020, se continuará dando aplicación a la medida de aislamiento preventivo obligatorio en todo el y territorio nacional..”. (Sic)

3. El Tribunal avocó el conocimiento del acto en mención conforme a los artículos 20 de la Ley 137 de 1994, y 136 y 151 -14- del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, informó a la comunidad sobre el particular (para el efecto publicó un aviso en la página de la Rama Judicial, en el lugar especialmente dispuesto para ello y, además, en el *link de “avisos a las comunidades”* tanto de la secretaría como del despacho y en la página *web* de la entidad que expidió el acto) y vinculó al Ministerio Público.

Radicación: 19001-23-33-001-2020-00431-00.
Acto controlado: Decreto 0730-05-2020 de 11 de mayo de 2020.
Entidad Emisora: Departamento del Cauca.
Medio de control: Control inmediato de legalidad.

Tribunal Administrativo del Cauca

II. INTERVENCIONES

4. El departamento no se pronunció.

5. La agente del Ministerio Público concluyó que el acto analizado debía declararse ajustado a Derecho.

Que el decreto cumplió con los requisitos formales, ya que fue plenamente identificado, proferido por el gobernador en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, siendo un acto administrativo de carácter general, debidamente motivado, que resultaba aplicable a los habitantes de dicho ente territorial.

Que si bien en dicho acto se adoptaron medidas policivas y se limitó el derecho a la circulación de los habitantes del departamento del Cauca, tal medida resulta válida, ya que está encaminada a garantizar la seguridad y la salubridad pública de los mismos residentes, siendo un medio idóneo para prevenir un contagio masivo y una proliferación fuera de control del virus Coronavirus COVID-19, y atendiendo a los principios de necesidad y proporcionalidad.

Que además guarda coherencia y relación con las medidas decretadas por el Gobierno Nacional en el marco de la emergencia económica, social y ecológica declarada inicialmente a través del Decreto No. 417 del 17 de marzo de 2020 y posteriormente a través del Decreto No. 637 del 6 de mayo de 2020, ambos proferidos por el Presidente de la República con fundamento en el artículo 215 Constitucional.

III. CONSIDERACIONES

6. COMPETENCIA.

El Tribunal es competente para decidir en única instancia sobre la legalidad del acto administrativo referido, en razón a la entidad territorial que lo expidió, según lo establecido por el numeral 14° del artículo 151 del C.P.A.C.A.¹, en concordancia con los artículos 20 de la Ley 137 de 1994 y 136 de la Ley 1437 de 2011.

7. SOBRE LA VALIDEZ O LA CONFORMIDAD DE LAS NORMAS CON OTRAS DE MAYOR JERARQUÍA.

Es del caso precisar que cualquier sistema jurídico moderno está integrado por reglas y principios. Las primeras tienen condiciones específicas de aplicación que impiden que coexistan con otras que les sean contrarias: se aplican todo o nada, y la colisión que llegare a presentarse entre dos de ellas, se resuelve retirando una del ordenamiento jurídico conforme a las pautas del artículo 5° de la Ley 57 de 1887 o construyendo con las dos una, donde hay un enunciado general y su respectiva excepción. Mientras que los últimos al carecer de esos supuestos, no pueden entrar en conflicto entre sí a nivel normativo y por ello tal choque solo acaece en los casos concretos y se disuelve, entre otros, mediante los test de razonabilidad e igualdad y la ponderación concreta².

Sin embargo, las normas jurídicas (reglas y principios) están o pueden jerarquizarse y de ello se deriva el concepto de validez, el cual, de otro lado,

¹ “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 fuesen dictados por autoridades territoriales departamentales y municipales, cuya competencia corresponderá al Tribunal del lugar donde se expidan. (...)”.

² Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Interpretación Constitucional. Bogotá. 2006. Pág. 67.

es entendido como el ajuste que debe tener una a otra de mayor jerarquía o, lo que es lo mismo, que las superiores dan validez a las inferiores. Tal aspecto aparece regulado, entre otros, en los artículos 4º y 209 y siguientes y 288 de la Carta que, en su orden, prevén la supremacía de esta sobre las demás disposiciones, de las leyes sobre los actos administrativos, etc. Aspectos estos que fueron desarrollados en la Ley 489 de 1998.

8. SOBRE EL ESTADO DE EXCEPCIÓN.

La Carta autoriza al presidente de la República, con la firma de todos los ministros, declarar tres estados de excepción: de guerra exterior³, de conmoción interior⁴ y de emergencia⁵.

Los fundamentos del primero surgen de su propia denominación; los del segundo obedecen a una grave perturbación del orden público que desborde las capacidades ordinarias de la Fuerza Pública y que atente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado o la convivencia ciudadana y, los del tercero, de carácter residual, responden a hechos distintos de los anteriores que amenacen o perturben gravemente el orden económico, social y ecológico o constituyan grave calamidad pública.

Durante todos ellos, el Gobierno Nacional tiene facultades para expedir los decretos legislativos que considere necesarios para superar la situación. La revisión imperativa de estas normas está atribuida a la Corte Constitucional. El Congreso de la República debe reunirse y ser informado de la evolución de las circunstancias e incluso tiene la potestad de reformar los decretos legislativos, e igualmente el Ministerio Público debe cumplir precisas funciones. Esas competencias en lo que respecta al tercer caso, que ocupa la atención de la Sala, aparecen regulados de manera especial en los

³ Artículo 212.

⁴ Artículo 213.

⁵ Artículo 215.

Radicación: 19001-23-33-001-2020-00431-00.
Acto controlado: Decreto 0730-05-2020 de 11 de mayo de 2020.
Entidad Emisora: Departamento del Cauca.
Medio de control: Control inmediato de legalidad.

Tribunal Administrativo del Cauca

artículos 46 y siguientes de LEEE que reglamenta el tema conforme al artículo 152 -e- de la Carta Política.

8.1. SOBRE EL CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD ASIGNADO A LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS.

El Gobierno Nacional luego de declarar un estado de excepción, no es el único que expide normas jurídicas con el fin de concretar las medidas provisionales o permanentes tendientes a superar las circunstancias que lo provocaron, también las autoridades territoriales pueden y deben apoyarse en ellas con la misma finalidad conforme a los artículos 305 -1- y 315-1- de la Constitución Política, pues, Colombia es una República unitaria regida, entre otros, por el principio de coordinación de las actuaciones de las entidades públicas con cara al cumplimiento de los fines del Estado (arts. 1º, 209, ss., 298 y 311 C. Po.).

Esas medidas de carácter general que sean expedidas por las autoridades territoriales en ejercicio de la función administrativa y que tengan como propósito el desarrollo de los decretos legislativos emitidos durante los estados de excepción, son objeto de control inmediato de legalidad por parte de los tribunales administrativos, de conformidad con los 136 y 151 -14- del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, del tenor siguiente:

“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.

Radicación: 19001-23-33-001-2020-00431-00.
Acto controlado: Decreto 0730-05-2020 de 11 de mayo de 2020.
Entidad Emisora: Departamento del Cauca.
Medio de control: Control inmediato de legalidad.

Tribunal Administrativo del Cauca

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”.

“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”.

La vinculación entre los decretos legislativos emitidos durante los estados de excepción y los actos administrativos pasibles de control inmediato de legalidad resulta evidente cuando en estos, expresamente, se mencionan aquellos como soporte normativo. Sin embargo, en opinión de la Sala, puede existir, de manera excepcional, cuando pese a que no se citen textualmente los primeros, sí aparecen como premisas normativas tácitas de los segundos, pues, la norma transcrita no distingue entre una y otra eventualidad y solo exige el “*desarrollo*” como conector entre tales disposiciones.

Empero, se recalca, la regla principal, acogida recientemente por el Tribunal en razón a los pronunciamientos de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado⁶, es que los actos pasibles de control inmediato de legalidad, corresponden a los que desarrollen o se funden expresamente en los decretos legislativos proferidos por el Gobierno Nacional en el margo del estado de excepción.

En suma, el sistema de competencias de las entidades y servidores públicos, incluida la Rama Judicial, es taxativo conforme a los artículos 6º y 121 de la

⁶ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-145 del 20 de mayo de 2020 [fundamento jurídico 129]. Y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Especial de Decisión nro. 26, auto de 26 de junio de 2020, C.P: Guillermo Sánchez Luque, radicado número: 11001-03-15-000-2020-02611-00

Radicación: 19001-23-33-001-2020-00431-00.
Acto controlado: Decreto 0730-05-2020 de 11 de mayo de 2020.
Entidad Emisora: Departamento del Cauca.
Medio de control: Control inmediato de legalidad.

Tribunal Administrativo del Cauca

Constitución Política. Por ello si el acto del que se trate fue expedido por fuera del marco legal de la declaratoria del estado de emergencia, ya porque temporalmente es anterior o posterior a la vigencia de la misma ora porque si bien se emitió dentro de ese lapso no fue sustentado en ella expresa ni tácitamente, el Tribunal carece de competencia para analizarlo por la vía del control inmediato de legalidad, aunque, por supuesto, sí podría juzgarlo a través de las otras previstas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, previo el cumplimiento de los correspondientes requisitos formales.

El Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, a partir del artículo 20 de LEEE, que reprodujo el 136 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, tiene dicho que el referido control de legalidad tiene las características siguientes⁷:

- a) *Se realiza dentro de un proceso judicial, pues lo adelanta una autoridad judicial y se decide por sentencia.*
- b) *Es inmediato o automático, porque el Gobierno Nacional debe remitir el acto administrativo para control tan pronto lo expide y porque no requiere demanda, sino que es oficioso, por disposición legal.*
- c) *No suspende la ejecución del acto administrativo.*
- d) *La falta de publicación no lo impide.*
- e) *Es integral frente a las directrices constitucionales y legales y a los decretos legislativos que le atañen.*

Con cara al último requisito, es necesario anotar que la Sala no puede limitarse a la mera confrontación de la norma sometida a control con el decreto que dispuso el estado de excepción, sino que, además, debe analizar la eventual transgresión del ordenamiento jurídico, sino se olvida que esas facultades excepcionales sólo pueden utilizarse en circunstancias extraordinarias que hagan imposible el mantenimiento de la normalidad

⁷ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Cp.: Alberto Yepes Barreiro. Bogotá D.C., 5 de marzo de 2012. Radicación número: 11001-03-15-000-2010-00200-00(Ca). Actor: Gobierno Nacional. Demandado: Decreto 505. Ver también sentencia del 16 de junio de 2009. Rad. 2009-00305.

Radicación: 19001-23-33-001-2020-00431-00.
Acto controlado: Decreto 0730-05-2020 de 11 de mayo de 2020.
Entidad Emisora: Departamento del Cauca.
Medio de control: Control inmediato de legalidad.

Tribunal Administrativo del Cauca

mediante los poderes ordinarios del Estado, que la ley tiene por objeto establecer los controles al ejercicio de las facultades excepcionales del Gobierno así como las garantías para proteger los derechos humanos de conformidad con los tratados internacionales y que, en general, existen límites que no pueden rebasarse conforme lo prevé la citada LEEE. Sobre el tema la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, ha dicho:

“...el control de legalidad que ejerce esta jurisdicción sobre los actos administrativos de carácter general dictados en desarrollo de los decretos legislativos expedidos durante los Estados de Excepción es integral, es decir, incluye la revisión de aspectos como la competencia para expedirlo, al cumplimiento de los requisitos de forma y de fondo, la conexidad de las medidas que se dicten con las causas que dieron origen a su implantación, el carácter transitorio y la proporcionalidad de las mismas, así como su conformidad con el resto del ordenamiento jurídico, siempre bajo el entendido de que ellas hacen parte de un conjunto de medidas proferidas con la exclusiva finalidad de "conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos.”⁸

8.2. ASPECTOS SOBRE LOS QUE SE HARÁ EL CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD.

La Corte Constitucional cuando ha abordado el control inmediato de constitucionalidad de los decretos legislativos expedidos por el Gobierno Nacional con ocasión de la declaratoria de los estados de emergencia, lo ha hecho, conforme a la C-466 de 2017, desde los puntos de vista formal y material.

Por el primero, ha verificado si los decretos reúnen los requisitos siguientes: (i) que estén motivados, (ii) que estén suscritos por la autoridad administrativa competente para emitirlos, (iii) que sean expedidos durante la vigencia y en

⁸ Sentencia de 3 de mayo de 1999, exp. CA- 011, consejero ponente doctor Ricardo Hoyos Duque. Citada por la misma Corporación en la fechada el 22 de febrero 2011. Radicación número: 11001-03-15-000-2010-00452-00(Ca). Actor: Gobierno Nacional. Demandado: Ministerio de la Protección Social. Consejero Ponente: Mauricio Torres Cuervo.

Radicación: 19001-23-33-001-2020-00431-00.
Acto controlado: Decreto 0730-05-2020 de 11 de mayo de 2020.
Entidad Emisora: Departamento del Cauca.
Medio de control: Control inmediato de legalidad.

Tribunal Administrativo del Cauca

desarrollo del respectivo estado de excepción, y, finalmente, (iv) que determinen el ámbito territorial para su aplicación⁹.

Y, por el segundo, ha indagado si fueron expedidos en desarrollo de un estado de emergencia económica, social y ecológica, pero a partir de los siguientes juicios: (i) de conexidad material y de finalidad, (ii) de ausencia de arbitrariedad y de, (iii) de no contradicción específica, (iv) de motivación suficiente, (v) de necesidad, (vi) de incompatibilidad, (vii) de proporcionalidad, y, finalmente, (viii) de no discriminación.

El Consejo de Estado¹⁰, por su parte, ha indicado que el control inmediato de legalidad previsto en los artículos 20 de LEEE y 136 del CPACA, también nacido de la declaratoria de los estados de emergencia, tiene efectos de cosa juzgada respecto de las normas superiores y frente a los temas estudiados, y relativa con relación al resto del ordenamiento jurídico; razón por la cual es posible que el acto respectivo sea nuevamente controvertido en la jurisdicción respecto de otras normas superiores no estudiadas y por aspectos diferentes a los analizados y que, además, el análisis de validez debe hacerse confrontándolo con todo el universo jurídico, es decir, que dicho control es integral. Así lo señaló:

“que la integralidad que se predica de este control, no puede fundarse en los mismos parámetros de aquel que le compete a la Corte Constitucional respecto de los decretos legislativos, expedidos al amparo de la declaratoria del estado de excepción, por expreso mandato superior (arts. 241 numeral 7º y 215, párrafo), porque no es lo mismo revisar una norma legal de excepción delante de un número finito de disposiciones (como es la Constitución), que revisarla frente al “resto del ordenamiento jurídico”. Si bien es cierto que el control automático supone un control integral, no puede pretenderse con ello que al ejercer tal control, el juez revise todo el ordenamiento jurídico.”¹¹

⁹ Corte Constitucional. Sentencias C-722 de 2015, C-300 de 2011, C-244 de 2011, C-233 de 2011, C-216 de 2011, C-194 de 2011, C-193 de 2011 y C-940 de 2002.

¹⁰ Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Bogotá. Mayo 24 de 2016. Radicación Núm.: 11001 03 15 0002015 02578-00. Consejero Ponente: Guillermo Vargas Ayala.

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, fallo de 23 de noviembre de 2010, expediente No. 2010-00196. C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Radicación: 19001-23-33-001-2020-00431-00.
Acto controlado: Decreto 0730-05-2020 de 11 de mayo de 2020.
Entidad Emisora: Departamento del Cauca.
Medio de control: Control inmediato de legalidad.

Tribunal Administrativo del Cauca

También tiene dicho que el control integral involucra el estudio de los parámetros y límites, formales y materiales, que deben ser observados por el Gobierno Nacional para expedir el acto, lo que equivale a determinar su conformidad formal y material (proporcionalidad y conexidad)¹² con respecto a las normas superiores que directamente le sirven de fundamento, esto es, con: a) Las normas constitucionales sobre derechos fundamentales, b) las convencionales que limitan a los estados para suspender las garantías y libertades fundamentales, c) las constitucionales que rigen los estados de excepción, d) la Ley Estatutaria de Estados de Excepción, e) el decreto de declaratoria del estado de excepción y f) los decretos legislativos expedidos por el Gobierno.

Si tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado han acudido a los referidos parámetros formales y materiales para ejercer sendos controles inmediatos de legalidad, el Tribunal también debe hacerlo respecto de los actos que expidan las autoridades territoriales por la misma razón.

El Consejo de Estado, en definitiva, ha definido como características¹³ del control inmediato de legalidad, las siguientes:

- i) Es un verdadero proceso judicial debido a que, conforme al artículo 20 de la Ley 137 de 1994, es una sentencia judicial la que emite la jurisdicción de lo contencioso administrativo en dicho trámite.
- ii) Es automático e inmediato porque tan pronto como la entidad pública expida el correspondiente acto administrativo general para desarrollar los decretos legislativos expedidos por el Gobierno Nacional durante los estados de excepción, dentro de las 48 horas siguientes, debe enviarlo a la

¹² Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, fallo de 24 de septiembre de 2002, expediente 2002-0697. C.P. Alberto Arango Mantilla.

¹³ Ver Sentencia del 28 de enero de 2003, exp. 2002-0949-01, M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez; del 7 de octubre de 2003, exp. 2003-047201, M.P. Tarcisio Cáceres Toro, del 16 de junio de 2009, exp. 2009-00305-00, y del 9 de diciembre de 2009, exp. 2009-0732-00, M.P. Enrique Gil Botero.

Radicación: 19001-23-33-001-2020-00431-00.
Acto controlado: Decreto 0730-05-2020 de 11 de mayo de 2020.
Entidad Emisora: Departamento del Cauca.
Medio de control: Control inmediato de legalidad.

Tribunal Administrativo del Cauca

jurisdicción contenciosa para que se ejerza el control correspondiente, so pena de que la autoridad judicial competente, de oficio, lo revise e incluso sin que se haya divulgado.

iii) Es autónomo porque incluso es aplicable a los actos administrativos generales expedidos para desarrollar los decretos legislativos proferidos por el Gobierno Nacional durante los estados de excepción, antes de que la Corte Constitucional se pronuncie sobre la constitucionalidad del decreto que declara el estado de excepción y de los decretos legislativos que expida el presidente de la República para conjurarlo.

iv) Es integral por cuanto es un juicio en el que se examina la competencia de la autoridad que expidió el acto, la conexidad de este con los motivos que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción y con el propio decreto legislativo, la sujeción a las formas y la proporcionalidad de las medidas adoptadas para conjurar la crisis e impedir la extensión de los efectos del estado de excepción.

Es de aclarar que, aunque, en principio, el control integral supone que el acto administrativo general, expedido para desarrollar los decretos legislativos proferidos por el Gobierno Nacional durante los estados de excepción, se confronte con todo el ordenamiento jurídico, pero queda circunscrito a las normas invocadas en la respectiva sentencia.

v) Es compatible¹⁴ con las acciones públicas de nulidad simple y nulidad por inconstitucionalidad, ya que el acto administrativo general expedido para desarrollar los decretos legislativos proferidos por el Gobierno Nacional durante los estados de excepción puede demandarse posteriormente en

¹⁴ Ver Sentencias de la Sala Plena del Consejo de Estado: del 7 de febrero de 2000, exp. CA-033, M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez; del 20 de octubre de 2009, exp. 2009-00549, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, y del 9 de diciembre de 2009, exp. 200900732, M.P. Enrique Gil Botero.

Radicación: 19001-23-33-001-2020-00431-00.
Acto controlado: Decreto 0730-05-2020 de 11 de mayo de 2020.
Entidad Emisora: Departamento del Cauca.
Medio de control: Control inmediato de legalidad.

Tribunal Administrativo del Cauca

nulidad simple o en nulidad por inconstitucionalidad, siempre que se alegue la violación de normas diferentes a las examinadas en el trámite del control inmediato de legalidad.

vi) Es participativo en la medida que los ciudadanos podrán intervenir defendiendo o atacando la legalidad de los actos administrativos objeto de control.

vii) La sentencia que decide el control inmediato de legalidad hace tránsito a cosa juzgada relativa¹⁵, porque cuando declara la nulidad total o parcial de los actos objeto de control, si bien tiene efecto *erga omnes*, esto es oponible a todos y contra todos, por otro lado, tiene la autoridad de cosa juzgada relativa, es decir, sólo frente a los *ítems* que analizó y decidió.

9. DEL CASO CONCRETO. EL ANÁLISIS FORMAL

9.1. El Consejo de Estado ha indicado que son tres los presupuestos para la procedencia del control inmediato de legalidad¹⁶: i) que se trate de un acto de contenido general; ii) que el mismo se haya dictado en ejercicio de la función administrativa, y iii) que el acto tenga como fin desarrollar uno o más de los decretos legislativos expedidos durante los estados de excepción.

9.2. El acto administrativo analizado, tuvo como objeto ampliar la acción transitoria de policía para prevención del riesgo de contagio y/o propagación de la enfermedad COVID-19 en el departamento del Cauca, el toque de queda hasta el 25 de mayo de 2020, prohibiendo el consumo de bebidas embriagantes en espacios abiertos y establecimientos de comercio, hasta las cero horas del día 25 de mayo de 2020, con la aclaración de que no quedaba prohibido el expendio de bebidas embriagantes, de conformidad con el artículo 8 del Decreto 636 de 2020. De igual forma, para garantizar el

¹⁵ Artículo 189 de la Ley 1437 de 2011

¹⁶ Consejo de Estado, Sentencia del 11 de mayo de 2020, exp. 11001-03-15-000-2020-00944-00

Radicación: 19001-23-33-001-2020-00431-00.
Acto controlado: Decreto 0730-05-2020 de 11 de mayo de 2020.
Entidad Emisora: Departamento del Cauca.
Medio de control: Control inmediato de legalidad.

Tribunal Administrativo del Cauca

expendio de las bebidas, se autorizó el transporte para distribución de productos de la Industria Licorera del Cauca y de los insumos que sirven de materia prima para su producción, sin perjuicio de las excepciones a las medidas de aislamiento preventivo contenidas en el artículo 3 del Decreto 636 de 2020.

9.3. Se observa, entonces, que el acto revisado fue expedido por el gobernador del Cauca, y se sustentó en las facultades conferidas en el artículo 305 de la Constitución Política, así como en la Ley 1801 de 2016; facultades con las que cuentan los gobernadores para garantizar la preservación del orden público.

Y si bien, dicho acto se fundamentó, expresamente, en los decretos 531¹⁷ y 636¹⁸ de 2020, debe aclararse que estos son decretos ordinarios donde se amplió la medida del aislamiento preventivo obligatorio. Lo que significa que el acto analizado no desarrolló decreto legislativo alguno.

En otros términos, si bien el decreto analizado corresponde a un acto general dictado en ejercicio de la función administrativa, lo cierto es que no tuvo como fin el desarrollar alguno de los decretos legislativos expedidos en el marco del estado de excepción, ni tampoco se fundamentó expresa o tácitamente ellos; lo que impide que sea objeto de control inmediato de legalidad por parte de esta jurisdicción.

Por otra parte, tal y como se indicó en precedencia, este Tribunal adaptó su posición a los recientes pronunciamientos del Consejo de Estado, donde la Alta Corporación, con base en lo dicho por la Corte Constitucional, aclaró, además, que este tipo de medidas -referidas al orden público y al aislamiento

¹⁷ Por el cual se imparten instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del Coronavirus COVID-19, y el mantenimiento del orden público.

¹⁸ Por el cual se imparten instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del Coronavirus COVID-19, y el mantenimiento del orden público

Radicación: 19001-23-33-001-2020-00431-00.
Acto controlado: Decreto 0730-05-2020 de 11 de mayo de 2020.
Entidad Emisora: Departamento del Cauca.
Medio de control: Control inmediato de legalidad.

Tribunal Administrativo del Cauca

preventivo obligatorio- no eran objeto del control inmediato de legalidad sino de simple nulidad, porque no corresponden al ejercicio de facultades excepcionales sino de las ordinarias que otorga el ordenamiento jurídico, máxime cuando tampoco desarrollan decretos legislativos. Al respecto, indicó¹⁹:

“El Consejo de Estado ha reconocido el carácter ordinario del Decreto n°. 457 de 2020 de manera reiterada²⁰. A su vez, la Corte Constitucional al estudiar la constitucionalidad del Decreto n°. 417 del 17 de marzo de 2020, por medio del cual se declaró el estado de emergencia económica, social y ecológica, advirtió que el control de los decretos de aislamiento preventivo obligatorio corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, a través del medio de control de simple nulidad²¹ .

4. Aunque en un Estado de derecho ningún acto de la Administración puede quedar excluido del control judicial, la inédita situación originada por la pandemia no faculta a los jueces a ejercer competencias oficiosas que no han sido otorgadas por la Constitución ni la ley. No es admisible que, so pretexto de la “tutela judicial efectiva”, los jueces pretendan controlar de oficio posibles excesos de la Administración en estados de anormalidad, sin tener competencia para ello.

La “tutela judicial efectiva” es un postulado que está atado a los recursos judiciales previstos por las normas adjetivas y, por ende, su existencia y alcance no es autónomo, ni se sobrepone a los preceptos procesales. Esta institución justamente no tiene aplicación directa, sino que requiere desarrollo legal, que la mayoría de las veces se encuentra en los códigos procesales. De allí que un correcto entendimiento de la “tutela judicial efectiva” no puede justificar el desbordamiento de las competencias que las normas procesales atribuyen a los jueces.

(...)

5. Aunque el Consejo de Estado tiene competencia para fiscalizar el Decreto n°. 457 de 2020 vía una demanda de cualquier persona, este acto no es

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Especial de Decisión nro. 26, auto de 26 de junio de 2020, C.P: Guillermo Sánchez Luque, radicado número: 11001-03-15-000-2020-02611-00

²⁰ Cfr. Consejo de Estado, Sala Especial de Decisión n°. 26, auto del 15 de abril de 2020, Rad. n°. 11001-03-15-000-2020-01062-00 [fundamento jurídico 4]; Sala Especial de Decisión n°. 8, auto del 24 de abril de 2020, Rad. n°. 11001-03-15-000-2020-00973-00 [fundamento jurídico 3.3]; Sala Especial de Decisión n°. 16, auto del 28 de abril de 2020, Rad. n°. 11001-03-15-000-2020-01287-00 [fundamento jurídico 2.3] y Sala Especial de Decisión n°. 18, auto del 9 de junio de 2020, Rad. n°. 11001-03-15-000-2020-02297-00 [fundamento jurídico 1.2.1].

²¹ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-145 del 20 de mayo de 2020 [fundamento jurídico 129].

Radicación: 19001-23-33-001-2020-00431-00.
Acto controlado: Decreto 0730-05-2020 de 11 de mayo de 2020.
Entidad Emisora: Departamento del Cauca.
Medio de control: Control inmediato de legalidad.

Tribunal Administrativo del Cauca

susceptible del control inmediato de legalidad, porque no se expidió como una medida de carácter general, en cumplimiento de la función administrativa y como desarrollo de un decreto legislativo. Como se trata de un decreto ordinario, frente al que procede el medio de control de simple nulidad, de conformidad con el artículo 137 del CPACA, cualquier persona puede cuestionar su legalidad.

(...)

6. Solo el legislador, si así lo estima conveniente -por ejemplo, en una reforma al CPACA-, podría atribuir a la jurisdicción una nueva modalidad de control automático respecto de los actos administrativos de carácter general dictados durante un estado de emergencia sanitaria. En democracia, como la soberanía solo reside en la ley, el juez no puede -so pretexto de la defensa de los derechos- asumir competencias que el pueblo -a través de la ley- no le ha dado. El juez no está exceptuado del cumplimiento de la ley, por el contrario, debe dar ejemplo de obediencia a sus mandatos inexorables.

7. Como el Decreto n°. 457 de 2020 constituye un acto de carácter general, dictado en ejercicio de función administrativa, no fue expedido en desarrollo de un decreto legislativo, no procede el control inmediato de legalidad prescrito en el artículo 20 de la ley 137 de 1994”.

En ese sentido, el Consejo de Estado en providencia de 12 de junio de 2020²², explicó:

“iii. Desarrollo de un decreto legislativo expedido en estado de excepción.

Esta exigencia se concreta en la necesidad de que el acto controlable desarrolle un Decreto Legislativo dictado, para el caso bajo examen, al amparo del estado de emergencia económica, social y ecológica declarado. Por ello, es necesario identificar que la disposición objeto de control se haya adoptado en ejercicio de estas potestades excepcionales, presupuesto que habilita a esta jurisdicción para realizar el control que le está asignado y que se caracteriza, según lo ha precisado esta Corporación²³, por ser: i) jurisdiccional,

²² Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, C.P: Nubia Margoth Peña Garzón, radicación número: 11001-03-15-000-2020-02529-00(CA)A.

²³ Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 5 de marzo de 2012 Radicación número: 11001-03-15-000-2010-00369-00(CA) Actor: Gobierno Nacional C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

Radicación: 19001-23-33-001-2020-00431-00.
Acto controlado: Decreto 0730-05-2020 de 11 de mayo de 2020.
Entidad Emisora: Departamento del Cauca.
Medio de control: Control inmediato de legalidad.

Tribunal Administrativo del Cauca

ii) automático e inmediato, iii) oficioso, iv) autónomo, v) integral, vi) compatible y coexistente, y vii) hacer tránsito a cosa juzgada relativa²⁴.

Dicho análisis parte de la relación o conexidad que existe entre los decretos legislativos emitidos para conjurar la declaratoria de emergencia social y las normas que se adoptan como desarrollo de estos, situación que impone a la jurisdicción identificar tales presupuestos para delimitar el ejercicio de las funciones que se atribuyen a las autoridades en el momento de su expedición,

²⁴ Al respecto la sentencia citada señala: “[...] En oportunidades anteriores, la Sala ha definido como características del control inmediato de legalidad las siguientes:

- a)** Es un proceso judicial porque el artículo 20 de la Ley 137 de 1994 otorgó competencia a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para examinar la legalidad de los actos administrativos proferidos en ejercicio de la función administrativa que desarrolla los decretos. De ahí que la providencia que decida el control de legalidad tenga las características de una sentencia judicial.
- b)** Es automático e inmediato porque tan pronto se expide el acto administrativo general, el Gobierno Nacional debe enviarlo para que se ejerza el control correspondiente. En caso de que el Gobierno no lo envíe dentro de las 48 horas siguientes a la expedición, la autoridad judicial competente debe asumir, de oficio, el control de tal acto. Por lo tanto, ni siquiera es necesario que el acto se haya divulgado.
- c)** Es autónomo, toda vez que es posible que se controlen los actos administrativos antes de que la Corte Constitucional se pronuncie sobre la constitucionalidad del decreto que declara el estado de excepción y de los decretos legislativos que lo desarrollan.
- d)** Es integral, por cuanto es un juicio en el que se examina la competencia de la autoridad que expidió el acto, la conexidad del acto con los motivos que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción, la sujeción a las formas y la proporcionalidad de las medidas adoptadas para conjurar la crisis e impedir la extensión de los efectos del estado de excepción.

En principio, podría pensarse que el control integral supone que el acto administrativo general se confronta frente a todo el ordenamiento jurídico. Sin embargo, debido a la complejidad del ordenamiento jurídico, el control de legalidad queda circunscrito a las normas invocadas en la sentencia con la que culmina el procedimiento especial de control de legalidad previsto en la ley estatutaria 137.

En el último tiempo, la Sala Plena²⁴ ha venido precisando que el control es compatible con la acción pública de nulidad (artículo 84 del C.C.A), que puede intentar cualquier ciudadano para cuestionar los actos administrativos de carácter general.

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

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

- d)** (sic) La sentencia que decide el control de legalidad hace tránsito a cosa juzgada relativa. En cuanto a esta característica, la Sala ha dicho²⁴:

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

En síntesis, la decisión adoptada en un fallo desestimatorio, en estos casos, en tanto se contrae a un estudio de legalidad limitado dado su carácter oficioso, ajeno a la naturaleza dispositiva del control judicial asignado a la justicia administrativa, no implica el análisis de todos los posibles motivos de contradicción con normas superiores y -por lo mismo- no empecé (sic) ni es óbice para que a futuro se produzca otro pronunciamiento, que verse sobre reproches distintos que puedan edificarse sobre la misma norma [...]” Esta providencia alude en su texto original, entre otras a los siguientes fallos: “Ver, entre muchas otras, sentencias de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del 28 de enero de 2003, exp. 2002-0949-01, M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez; del 7 de octubre de 2003, exp. 2003-0472-01, M.P. Tarcisio Cáceres Toro, del 16 de junio de 2009, exp. 2009-00305-00, y del 9 de diciembre de 2009, exp. 2009-0732-00, M.P. Enrique Gil Botero.

Radicación: 19001-23-33-001-2020-00431-00.
Acto controlado: Decreto 0730-05-2020 de 11 de mayo de 2020.
Entidad Emisora: Departamento del Cauca.
Medio de control: Control inmediato de legalidad.

Tribunal Administrativo del Cauca

*en razón a que es necesario establecer si fueron dictadas con ocasión de la situación excepcional en que se fundó la declaratoria de emergencia.
(...).*

Lo precedente pone de manifiesto que no concurre el tercero de los presupuestos necesarios para dar trámite a este medio de control, en tanto la Circular núm. 06 de 8 de abril de 2020 no desarrolla un decreto legislativo dictado en virtud de la declaratoria de emergencia, en este caso, el Decreto núm. 417 de 2020.”

Y en providencia del 16 de junio de 2020²⁵, explicó:

*“[E]l acto administrativo objeto de análisis se relaciona de alguna manera con la situación que se ha generado por la aparición y propagación del virus COVID-19, situación que justificó la declaratoria del Estado de Excepción, y tampoco que fue expedido en vigencia del mismo. Sin embargo, ello no significa que el Consejo de Estado deba aprehender automáticamente el conocimiento vía control inmediato de legalidad, pues es imprescindible que el acto haya sido expedido con fundamento o en desarrollo de algún decreto legislativo, tal y como lo exigen las normas que regulan este asunto, lo que no sucede en el caso concreto”.*²⁶

9.4. En conclusión, el control inmediato de legalidad resulta improcedente frente al Decreto 0730-05-2020 de 11 de mayo de 2020, puesto que no fue proferido como desarrollo de los decretos legislativos proferidos durante el estado de excepción.

9.5. Con todo, se considera pertinente aclarar que la presente decisión no tiene efectos de cosa juzgada y que, por tanto, el referido acto puede ser analizado mediante los demás medios de control y/o acciones establecidos en el ordenamiento jurídico, si fuere demandado.

²⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Especial de Decisión 16, providencia de 16 de junio de 2020, C.P: Nicolás Yepes Corrales, radicación número: 11001-03-15-000-2020-02303-00.

²⁶ En igual sentido, el Consejo de Estado en providencia de 12 de junio de los corrientes, concluyó:

“Lo precedente pone de manifiesto que no concurre el tercero de los presupuestos necesarios para dar trámite a este medio de control, en tanto que la Resolución núm. 517 de 30 de mayo de 2020, a pesar de tener el carácter general y ser expedida en ejercicio de las funciones administrativas asignadas a la entidad, no desarrolla un decreto legislativo expedido en virtud de las declaratorias de emergencia contenidas en los Decretos núms. 417 y 637 de 2020.”

Radicación: 19001-23-33-001-2020-00431-00.
Acto controlado: Decreto 0730-05-2020 de 11 de mayo de 2020.
Entidad Emisora: Departamento del Cauca.
Medio de control: Control inmediato de legalidad.

Tribunal Administrativo del Cauca

10. Por tanto, la Sala declarará la improcedencia del control inmediato de legalidad frente al acto en comento.

IV. DECISIÓN.

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

FALLA:

PRIMERO. DECLARAR IMPROCEDENTE el control inmediato de legalidad frente al Decreto 0730-05-2020 de 11 de mayo de 2020, expedido por el gobernador del Cauca, al tenor de lo expuesto.

SEGUNDO. Notifíquese lo decidido al departamento en comento, a la Procuraduría y a la comunidad mediante aviso de conformidad con el CPACA y a través de los medios electrónicos correspondientes.

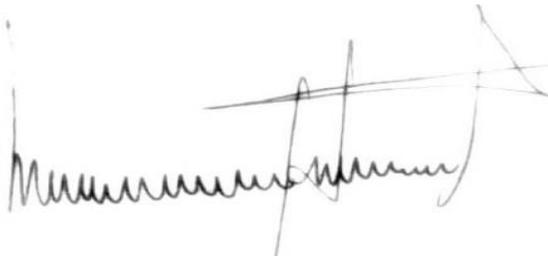
TERCERO. Publíquese esta decisión en la página web de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo o Rama Judicial o en el sitio web que disponga el Consejo Superior de la Judicatura y efectúese el registro de la actuación en el Sistema Judicial Justicia Siglo XXI. En firme esta sentencia, archívese la actuación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,

Radicación: 19001-23-33-001-2020-00431-00.
Acto controlado: Decreto 0730-05-2020 de 11 de mayo de 2020.
Entidad Emisora: Departamento del Cauca.
Medio de control: Control inmediato de legalidad.

Tribunal Administrativo del Cauca



CARLOS HERNANDO JARAMILLO DELGADO



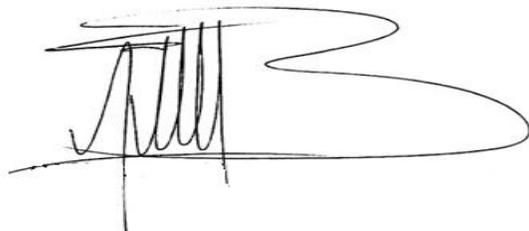
NAUN MIRAWAL MUÑOZ MUÑOZ



DAVID FERNANDO RAMÍREZ FAJARDO



JAIRO RESTREPO CÁCERES



CARLOS LEONEL BUITRAGO CHÁVEZ