



Riohacha Distrito Especial, Turístico y Cultural, veintiséis (26) de octubre de dos mil veinte (2020)

Proceso	Control inmediato de legalidad
Radicado	44-001-23-40-000-2020-00144-00
Entidad remitente	Municipio de El Molino La Guajira
Norma objeto de control	Circular sin número de fecha 8 de abril de 2020
Tema	Requisitos del control inmediato de legalidad
Sentencia No.	31
Instancia	Única
Magistrada Ponente	Hirina Del Rosario Meza Rhénals

I. OBJETO DE PRONUNCIAMIENTO

Con fundamento en lo establecido en los artículos 20 de la Ley 137 de 1994 y 136 de la Ley 1437 de 2011, se pronuncia la sala plena del tribunal administrativo de La Guajira en torno al control inmediato de legalidad de la circular sin número de fecha 8 de abril de 2020 expedida por el alcalde de El Molino, con asunto “*Medidas de bioseguridad y prevención del COVID-19*”.

II. ANTECEDENTES

1. La organización mundial de la salud declaró el 11 de marzo pasado que el brote COVID 19 es una pandemia, esencialmente por la velocidad de su propagación, elevando recomendaciones a los Estados para evitar su proliferación.

2. El ministerio de salud, en aplicación de los artículos 49 y 95 de la Constitución Política, y de las leyes 1753, 1751 y 9 de 1979, declaró mediante la resolución 385 del 12 de marzo de 2020, la emergencia sanitaria por causa del coronavirus COVID 19 y adoptó medidas para enfrentar la propagación del virus y mitigar sus efectos, entre las cuales ordenó que las autoridades del país, de acuerdo con su naturaleza y ámbito de las competencias que se deben cumplir, en lo que corresponda, ejecuten planes de contingencia para responder a la emergencia sanitaria.

3. Posteriormente, el presidente de la República, mediante decreto legislativo 417 del 17 de marzo de 2020 declaró el estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional por el término de treinta (30) días calendario, justificado, entre otras razones, en que “*se hace necesario por la urgencia y gravedad de la crisis y por la insuficiencia de los mecanismos jurídicos ofrecidos, entre otros, en la Ley 100 de 1993 "Por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral, la Ley 1122 de 2007 - Sistema General de Seguridad Social en Salud, Ley 1438 de 2011, Ley 80 de 1993, el Decreto 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y el Decreto 111 de 1996- Estatuto Orgánico del Presupuesto, recurrir a las facultades del Estado de Emergencia con el fin de dictar decretos con fuerza de ley que permitan conjurar la grave crisis generada por el nuevo Coronavirus Covid-19 debido a la propagación y mortalidad generado por el mismo, el pánico por la propagación y las medidas de contención decretadas por cada Estado para evitar una mayor propagación.*”



4. El 8 de abril de 2020, el alcalde del municipio de El Molino expidió la referida circular, cuyo control inmediato de legalidad correspondió por reparto al despacho 03 de este tribunal.

5. El asunto ingresó al despacho que elabora la presente ponencia con el fin de elaborar proyecto de fallo el 5 de octubre de 2020.

2.1. Acto sometido a control

El texto de la Circular objeto de control es del siguiente tenor literal:



Para: Farmacias y Droguerías

Asunto: Medidas de bioseguridad y prevención del COVID-19

Cordial Saludo, antes que nada Dios lo bendiga, mediante esta circular el me permito hacer mención y un recordatorio sobre las medidas que se den tomar con respecto a la prevención del COVID-19.

El Ministerio de Salud ha establecido los lineamientos de implementación inmediata para evitar la propagación del COVID-19 en establecimientos del sector productivo de productos farmacéuticos, alimentos y bebidas, tales como supermercados, restaurantes, tiendas, plazoletas de comida, panaderías, carnicerías, plazas de mercado, plantas de producción, droguerías y otros establecimientos relacionados.

- En el caso de los medicamentos de venta libre, verifique con el personal encargado, que corresponde al producto solicitado. Para el caso de medicamentos bajo prescripción, verifique el medicamento a la luz de la información y contenido de la prescripción
- Exigir para la venta o dispensación de medicamentos bajo prescripción, la presentación de la formula médica al paciente, para su entrega.
- La información mínima que se le debe suministrar al paciente sobre el medicamento versará sobre los aspectos siguientes: condiciones de almacenamiento; forma de reconstitución de medicamentos cuya administración sea la vía oral; medición de la dosis; cuidados que se deben tener en la administración del medicamento; y, la importancia de la adherencia a la terapia.
- En el caso de pacientes crónicos con manejo farmacológico, garantizar la continuidad en el suministro de los medicamentos, por periodos no menores de 60 a 90 días, según formula médica, así como según disponibilidad de medicamentos en este momento coyuntural.
- De manera transitoria y excepcional, durante el tiempo que se mantenga la emergencia sanitaria, se autoriza la prescripción de medicamentos de control especial hasta máximo las cantidades requeridas para 90 días calendario, con entregas parciales de la cantidad definida para 30 días calendario, de las cuales se dejará constancia en el recetario oficial, indicando la cantidad efectivamente entregada, con la imposición del sello de entregado. De igual forma, se autoriza la entrega a domicilio, de los medicamentos de control especial y se entenderá

+Oportunidad

Carrera 2 No. 5 - 72, Plaza Principal
alcaldia@elmolino-laguajira.gov.co
elmolino-laguajira.gov.co



**SECRETARÍA DE SALUD,
EDUCACIÓN, CULTURA Y DEPORTE**

- que la vigencia de la prescripción es de hasta 90 días calendario contados a partir de su fecha de expedición, con entregas parciales de la cantidad definida para 30 días calendario. Estas actividades se desarrollarán dando cumplimiento a las condiciones y recomendaciones que determine el Fondo Nacional de Estupefacientes.
- Para dispensación de medicamentos a población vulnerable, tanto la EPS como el establecimiento farmacéutico promoverá la entrega a través de un tercero autorizado por escrito, sin que en todo caso pueda exigirse fotocopias de ningún tipo.
 - En el caso de identificarse la presencia en droguería de pacientes con diagnóstico confirmado de COVID 19, deberá surtirse la primera entrega y para las siguientes, la EPS deberá coordinar la entrega de medicamentos a través de un tercero autorizado y en caso de no ser ello posible, deberá coordinar la entrega a domicilio para evitar que el paciente, en su recorrido, propague el virus.
 - Se autoriza de manera transitoria y excepcional, la entrega no informada a domicilio de medicamentos, por parte de personal que labore o sea contratado para tal fin por los establecimientos farmacéuticos autorizados, siendo estos últimos quienes brinden la información a los pacientes, por diferentes mecanismos tales como medios impresos, líneas telefónicas, páginas web, entre otros.
 - Adicionalmente, tener en cuenta las recomendaciones emitidas por el Gobierno Nacional, en cuanto a la aglomeración de personas en un establecimiento farmacéutico, ya que estas hacen referencia al personal que se encuentre dentro de las instalaciones de este, y no hacen referencia al número de personas que se encuentren fuera de él.

La prevención es la clave. Seguiremos realizando visitas de inspección, vigilancia y control para prevenir contagios.

CUIDATE TU Y CUIDA A LOS TUYOS

Cordialmente,

+Oportunidades +Progreso

Carrera 2 No. 5 - 72, Plaza Principal
alcaldia@elmolino-laguajira.gov.co
elmolino-laguajira.gov.co



**SECRETARÍA DE SALUD,
EDUCACIÓN, CULTURA Y DEPORTE**

FABIAN JOSÉ DIAZ ARIAS
Secretario de Salud Municipal

REPUBLICA DE COLOMBIA



**DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA
ALCALDÍA MUNICIPAL
EL MOLINO
NIT: 800092788-0**

+Oportunidades +Progreso

Carrera 2 No. 5 - 72, Plaza Principal
alcaldia@elmolino-laguajira.gov.co
elmolino-laguajira.gov.co



2.2 Trámite procesal impartido

La magistrada sustanciadora, mediante auto de fecha 13 de mayo de 2020 dispuso avocar conocimiento, ordenando i) la fijación de aviso en la web por el término de diez (10) días para que los ciudadanos interesados y la autoridad que expidió el acto objeto de control pudieran intervenir, ii) que una vez vencido el periodo de fijación en lista, se tuviera abierto el proceso a pruebas por el término de diez (10) días, iii) solicitar al ente territorial, informe sobre trámites y antecedentes de dicho acto y iv) correr en su oportunidad traslado al agente del ministerio público delegado ante este tribunal para que dentro de los diez (10) días siguientes rindiera su concepto.

Según lo reportado por la secretaría, no se presentaron solicitudes de intervención ciudadana, coadyuvando o impugnando el acto, constando en el expediente que el municipio intervino para defender la legalidad del acto.

2.3. Municipio de El Molino (Fl. 12-14)

Indica que el alcalde municipal debe velar por la salud, bienestar, convivencia y promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución.

Sostiene que la administración municipal ha estado atenta a todas las medidas adoptadas por el gobierno nacional con la finalidad de afrontar la pandemia generada por el coronavirus COVID-19, y con la finalidad de que se hagan efectivas las mismas, se determinó que era necesario establecer medidas de prevención frente al brote del COVID-19.

Precisa que las decisiones del acto administrativo objeto de control de legalidad se expidieron en consideración a la situación de emergencia sanitaria, y de acuerdo a las facultades atribuidas al alcalde, respetando los derechos de los ciudadanos.

2.4. Concepto del ministerio público. (fl. 38-45)

La agente del ministerio público delegada ante este tribunal, luego de consignar los antecedentes procesales y evocar el análisis jurídico, solicita se declare improcedente ejercer el control inmediato de legalidad del acto remitido, de acuerdo con las siguientes consideraciones:

Señala que la norma remitida es susceptible del control inmediato de legalidad en razón a que es un acto administrativo de carácter general, impersonal, abstracto al recordar a la comunidad en general que nos encontramos en aislamiento preventivo obligatorio como medida de orden nacional para la prevención y mitigación de la pandemia por el Covid-19, que es necesario que estén comprometidos con el cumplimiento de las medidas de protección, en especial las personas que ingresan al municipio provenientes de otras ciudades donde están evidenciados los casos positivos de Covid-19.

Sostiene que en cuanto al segundo requisito relacionado con ser expedido en ejercicio de la función administrativa, que se concreta en la potestad reglamentaria, se tiene que la circular es un acto administrativo atinente a una de las funciones administrativas del alcalde municipal establecidas en el artículo 215 de la Constitución Política.



Respecto al último requisito relacionado con que debe desarrollar decretos legislativos expedidos durante los estados de excepción, argumenta que en el acto examinado no se enuncia siquiera el estado de emergencia económica, social y ecológica, dictado mediante decreto No. 417 del 17 de marzo de 2020, es decir, no fue proferido en desarrollo de los decretos legislativos del estado de emergencia económica, social y ecológica.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Problemas jurídicos.

Corresponde a esta corporación determinar (i) si están acreditados en el presente caso los presupuestos de procedencia para el control inmediato de legalidad respecto a la circular sin número de fecha 8 de abril de 2020 expedida por el alcalde de El Molino, con asunto “*Medidas de bioseguridad y prevención del COVID-19*”.

Sólo de responderse positivamente el anterior interrogante, es decir, de encontrarse procedente el control inmediato de legalidad respecto a la norma remitida, se deberá establecer (ii) si analizada integralmente la aludida circular, se encuentra o no ajustada a derecho, en cuanto a 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 y/o los decretos legislativos que lo desarrollan, 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.

3.2. Tesis.

La tesis del tribunal es que es improcedente el control inmediato de legalidad de la norma remitida, dado que no desarrolla decretos legislativos sino competencias ordinarias atribuidas por el ordenamiento jurídico a los alcaldes.

3.3. Argumentación normativa y jurisprudencial.

3.3.1. De los estados de excepción

A pesar que los estados de sitio o de excepción no tienen su origen en el ordenamiento jurídico colombiano con la Constitución Política de 1991, lo cierto es que con esta se buscó dar respuesta al uso abusivo del estado de sitio durante el siglo XX para el ejercicio de facultades presidenciales.

Así, una de las premisas fundamentales para la regulación de los estados de excepción se cimentó sobre la prohibición al máximo de la restricción de las garantías judiciales durante los estados de excepción y sujetar su aplicación a la garantía de los derechos constitucionalmente consagrados¹.

Como resultado de ello, la Constitución Política estableció tres modalidades de los estados de excepción como son la guerra exterior (artículo 212), la conmoción interior (artículo 213) y la emergencia económica, social y ecológica o de calamidad pública (artículo 215), e introdujo mayores requisitos formales para la declaratoria, prórroga y levantamiento de los estados de excepción, limitando temporalmente el estado de

¹ Salvamento de voto del magistrado Luis Ernesto Vargas Silva a la sentencia C-224 de 2009.



emergencia a 90 días máximo al año; fortaleció el control político, adicionando al congreso de la República competencias en materia de determinación de la prórroga o el mantenimiento del estado de excepción; y facultó a la Corte Constitucional para ejercer un análisis material y formal tanto de los decretos declaratorios como de los de desarrollo, que no recae sobre aspectos de conveniencia y oportunidad, sino sobre los elementos consagrados en la Constitución y, posteriormente, en la ley estatutaria de los estados de excepción, ley 137 de 1994².

Así, según lo ha expuesto la Corte Constitucional *“la regulación constitucional de los estados de excepción responde a la decisión del Constituyente de garantizar la vigencia y eficacia de la Carta, aún en situaciones de crisis o de anormalidad, cuando por razón de su gravedad, tales situaciones no puedan ser conjuradas a través de los medios ordinarios de control con que cuenta el Estado. En estos casos, la institución le otorga poderes excepcionales y transitorios al gobierno nacional, materializados en el reconocimiento de atribuciones legislativas extraordinarias, que le permiten a éste adoptar las medidas necesarias para atender, repeler y superar la crisis o anormalidad surgida.”*³

Por ello, la Corte Constitucional⁴ ha señalado que en estos eventos de anormalidad institucional, las medidas tomadas por las autoridades se sujetan a los principios de: i) finalidad, en el sentido de que las medidas legislativas deben estar directa y específicamente orientadas a conjurar las causas de la perturbación y a impedir la extensión de sus efectos, ii) necesidad, ya que se deben expresar claramente las razones por las cuales las medidas adoptadas son indispensables para alcanzar los fines que dieron lugar a la declaratoria del estado de emergencia, es decir, la relación de necesidad entre el fin buscado y el medio empleado para alcanzarlo, iii) proporcionalidad, en el entendido que las medidas expedidas deben guardar proporción -excesivas o no- con la gravedad de los hechos que buscan conjurar. La limitación del ejercicio de los derechos y libertades sólo será admisible en el grado estrictamente necesario para buscar el regreso a la normalidad.

En el caso de la emergencia económica, social y ecológica que interesa a la presente causa, la Corte Constitucional ha establecido los rasgos distintivos de dicho estado de excepción:

“(i) El estado de Emergencia se puede declarar por períodos hasta de treinta días, en cada caso, que sumados no excederán noventa días en el año calendario.

“(ii) En el Decreto declarativo, el Gobierno debe señalar el término dentro del cual va a hacer uso de las facultades extraordinarias, y convocará al Congreso si éste no se hallare reunido, para los diez días siguientes al vencimiento de dicho término, para que examine las causas de la declaratoria de Emergencia y se pronuncie expresamente sobre la conveniencia de las medidas en ella adoptadas.

“(iii) Mediante tal declaración, que deberá ser motivada, el Presidente con la firma de todos los ministros podrá dictar “decretos con fuerza de ley”, destinados “exclusivamente a conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos”.

² Ibídem.

³ Sentencia C-702 de 2015.

⁴ Sentencia C-252/10 de la corte constitucional, sala plena, magistrado ponente: Jorge Iván Palacio Cuervo, 16 de abril del 2010.



- (iv) Los decretos legislativos que expida el Gobierno durante la Emergencia, a diferencia de los dictados con fundamento en la declaratoria de conmoción interior, tienen vocación de permanencia[8], lo cual significa que pueden reformar o derogar la legislación preexistente y poseen vigencia indefinida, hasta tanto el Congreso proceda a derogarlos o reformarlos, salvo cuando se trata de normas relativas a la imposición de tributos o modificación de los existentes[9], en cuyo caso las mismas “dejarán de regir al término de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso, durante el año siguiente, les otorgue carácter permanente”. [10]
- (v) Los decretos legislativos que se dicten al amparo del Estado de Emergencia, “deben referirse a materias que tengan relación directa y específica con el estado de emergencia” y podrán, en forma transitoria, establecer nuevos tributos o modificar los existentes, evento en el cual las medidas que se adopten dejarán de regir al término de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso durante el año siguiente les otorgue carácter permanente.
- (vi) Mediante los decretos de desarrollo del Estado de Emergencia, el Gobierno no podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores.”⁵

En esa línea, debe destacarse que los decretos legislativos, que es la naturaleza de los decretos que declaran el estado de excepción y que lo desarrollan, tienen unas características formales y materiales señaladas en la misma Constitución⁶:

CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LOS DECRETOS LEGISLATIVOS	CARACTERÍSTICAS ESPECÍFICAS DE LOS DECRETOS LEGISLATIVOS DE EMERGENCIA
Forma - Firma del presidente de la República y todos sus ministros. - Deben reflejar expresamente su motivación.	- Tienen la misma fuerza jurídica vinculante de ley. - Los que desarrollan el estado de emergencia tienen vigencia indefinida. - Pueden ser derogados, modificados o adicionados por el Congreso bajo ciertas condiciones. - No pueden desmejorar los derechos sociales de los trabajadores.
Contenido sustancial - El decreto legislativo que declara la conmoción interior o el estado de emergencia debe precisar el tiempo de duración. - Las medidas adoptadas en los decretos legislativos que desarrollan los estados de excepción deben ser necesarias y proporcionales a la situación que se pretende remediar. Además, no pueden suspender los DDHH, las libertades fundamentales ni el DIH.	
Control - Judicial automático por parte de la corte constitucional. - Político, por parte del congreso de la República.	

⁵ Sentencia C-702 de 2015.

⁶ Esquema extraído de Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, subsección a, consejero ponente: William Hernández Gómez, quince (15) de abril de dos mil veinte (2020), radicación: 11001-03-15-000-2020-01006-00.



Del control inmediato de legalidad

Dentro de la amplia gama de controles establecidos para establecer pesos y contrapesos al ejercicio de las facultades otorgadas a las autoridades administrativas en desarrollo de los estados de excepción, se encuentra el control inmediato de legalidad que ejerce la jurisdicción de lo contencioso administrativo en virtud de lo establecido en la ley 137 de 1994 “ley estatutaria de los estados de excepción” que señaló en su artículo 20 (subrayas para destacar lo relevante):

“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.”

En concordancia con lo anterior, el artículo 136 de la ley 1437 de 2011, igualmente dispuso como uno de los medios de control ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, el control inmediato de legalidad en los términos señalados en el artículo 20 de la Ley 137 de 1994, y preceptuó que “*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.*”

El Consejo de Estado ha tenido la oportunidad de referirse a las características del control inmediato que se ejerce sobre actos administrativos que desarrollan decretos legislativos de estados de excepción, expresando que el control recae sobre actos (subrayas para destacar) “*(...) de carácter general que sean dictados en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos que se profieran durante los estados de excepción, disposición que fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-179 de 1995*”⁷. En esa misma línea, ha precisado respecto al control inmediato de legalidad que:

***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.*

⁷ Consejo de Estado, sala plena de lo contencioso administrativo, consejera ponente: Susana Buitrago Valencia, diecinueve (19) de octubre de dos mil diez (2010), radicación numero: 11001-03-15-000-2010-00391-00(CA).



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. (...)

d) La sentencia que decide el control de legalidad hace tránsito a cosa juzgada relativa. (...)sólo frente a los ítems de ilegalidad analizados y decididos en la sentencia”⁸

Igualmente ha expresado el máximo tribunal de lo contencioso administrativo sobre los requisitos del control inmediato de legalidad que (subrayas para destacar):

“(...) la procedibilidad de dicho control inmediato está determinada por los siguientes requisitos o presupuestos, a saber: Debe tratarse de un acto, disposición o medida de contenido general, abstracto e impersonal. Que haya sido dictado en ejercicio de la función administrativa, que por lo anterior será mediante la potestad reglamentaria, dado que esta es la que da origen a actos de contenido general. Que el referido acto o medida tenga como contenido el desarrollo de un decreto legislativo expedido con base en cualquier estado de excepción (artículos 212, 213 y 215 de la Constitución Política). Dados esos presupuestos, la atribución para el control la tiene genéricamente la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y al interior de esta, la competencia depende del orden territorial de la autoridad que expide el acto respectivo.”⁹

El Consejo de Estado ha sintetizado las características del medio de control inmediato de legalidad así¹⁰:

CARACTERÍSTICAS ESENCIALES DEL MEDIO DE CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD	
Objeto del control	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, mientras mantuvieron sus efectos.
Competencia	Medidas adoptadas por autoridades nacionales: Consejo de Estado.
	Medidas adoptadas por autoridades territoriales: tribunales administrativos.
Momento a partir del cual puede ser ejercido el control judicial	A partir de la expedición de la medida. Para tales efectos la autoridad administrativa debe enviarla a la jurisdicción dentro de las 48 horas siguientes, so pena de que sea aplicado el control judicial de manera oficiosa.

⁸ Consejo de Estado, sala plena de lo contencioso administrativo, consejero ponente: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, cinco (5) de marzo de dos mil doce (2012), radicación número: 11001-03-15-000-2010-00369-00(CA).

⁹ Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección primera, consejero ponente: Hernando Sánchez Sánchez, veintiséis (26) de septiembre de dos mil diecinueve (2019), radicación número: 11001-03-24-000-2010-00279-00.

¹⁰ Esquema extraído de Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sala especial de decisión N.º 19, consejero ponente: William Hernández Gómez, veinte (20) de mayo de dos mil veinte (2020), referencia: control inmediato de legalidad, radicación: 11001-03-15-000-2020-01958-00. También en Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, subsección a consejero ponente: William Hernández Gómez, quince (15) de abril de dos mil veinte (2020), referencia: control inmediato de legalidad, radicación: 11001-03-15-000-2020-01006-00.



Efectos del ejercicio inmediato del control de legalidad	No suspende sus efectos mientras se adelanta el proceso, salvo que se decrete una medida cautelar de urgencia.
Marco jurídico para la revisión de las medidas	Todo el ordenamiento jurídico, lo que incluye la razonabilidad y proporcionalidad de las medidas.

De acuerdo a lo anterior, son requisitos que habilitan la competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo para el control automático de legalidad que el (i) acto objeto de control sea de contenido general, (ii) proferido en ejercicio de la función administrativa y que tenga como (iii) contenido el desarrollo de un decreto legislativo expedido con base en cualquier estado de excepción.

3.3.2. Orden público: poder de policía. Función de policía de las autoridades administrativas como forma de intervención

La administración pública es en esencia el órgano ejecutivo del Estado, por lo que es este el instrumento de carácter político y técnico al que se encomienda -en principio- la consecución de los propios fines estatales¹¹. Y se dice en principio, en la medida en que el propósito de satisfacción de las necesidades de carácter general que tiene el Estado, y la administración pública, como ese instrumento específico, no significa que sea el único encargado de la realización de tal fin.

Con todo, para efectos de lo que interesa al presente asunto, se debe indicar que la consecución del bien común es lo que habilita la intervención de la administración pública, la cual tiene la obligación de intervenir para alcanzarlo. Así, doctrinariamente se ha entendido la intervención o actividad administrativa, en términos generales, como *“los cauces a través de los cuales se manifiestan las potestades que le atribuye el ordenamiento jurídico y que asumen la forma extensa de normas, actos o contratos según el esquema tradicionalmente aceptado en lo que se conoce como parte general”*¹², y alude a la idea en concreto del contenido específico de las potestades de la administración, y por lo tanto se trata del *“como, donde y porqué de la actividad que despliega la administración”*¹³.

En esa línea, de acuerdo con el principio de cobertura constitucional, la administración puede y debe intervenir en todos los aspectos que la Constitución así lo requiere, con lo que la respuesta al ¿cómo debe hacerlo? está relacionada directamente con las formas de intervención, y se refiere a la finalidad específica que en cada caso concreto se le asigna a la administración con su intervención.

Por ello, la actuación de la administración se fundamenta en normas jurídicas que la habilitan, por lo que la finalidad específica de esta la determina el legislador, conforme al principio de legalidad, pues es este quien le da contenido al *cómo* de la intervención de la

¹¹ Guaita, A. Introducción al derecho administrativo especial. Subtítulo: Estudios de derecho administrativo especial y municipal. En Estudios en homenaje a Jordana de Pozas (Tomo III, volumen II). Madrid, España: Instituto de Estudios Políticos. 1962, p. 263.

¹² Villar Ezcurra, J. Los cauces de la intervención administrativa. En: libro homenaje a Luis Jordana de Pozas. Madrid, España: Universidad Complutense de Madrid, 2000, 283-308

¹³ Ibídem.



administración, es decir, este es quien ostenta de ordinario el poder de policía, que se diferencia de la función propiamente dicha.

Así, las formas en que la administración interviene son distintas, siendo plausible clasificarlas según la finalidad particular de cada una de ellas.

Dentro de esas formas de intervención, se encuentra la de policía administrativa, cuya finalidad específica es el mantenimiento del orden público o de la convivencia y que responde a una visión clásica de la función administrativa en el Estado liberal.

Sobre el concepto de orden público, jurisprudencialmente se ha sostenido que ha de entenderse como el conjunto de condiciones de seguridad, tranquilidad y salubridad que permiten la prosperidad general y el goce de los derechos humanos¹⁴. En ese norte, le corresponde al Estado por medio de sus diferentes instituciones garantizar dichas prerrogativas a través de diferentes instrumentos de orden legislativo y administrativo. Esta función estatal introduce, de acuerdo con la Corte Constitucional en sentencia C-204 de 2019, limitaciones necesarias, razonables, proporcionadas y no discriminatorias, buscando así garantizar la convivencia y la vigencia de los derechos de las personas.

Por ello, es deber de las autoridades nacionales y territoriales garantizar y permitir al máximo las libertades de los ciudadanos sin que lo anterior implique el sacrificio del orden público, por lo que su protección debe estar subordinada a la égida de los derechos humanos.

En ese marco, la doctrina ha considerado que además de la salubridad, tranquilidad y seguridad, la función de policía administrativa debe propender por la protección de los bienes jurídicos de (i) la confianza pública, con el fin de que las personas puedan actuar en sus relaciones sin temor a engaños en materia de comercio; (ii) la economía pública, con el propósito de proteger las condiciones económicas de los particulares; (iii) la estética pública, con el fin de evitar el mal gusto en la vía pública; (iv) la moral pública, para la protección de las buenas costumbres que el interés público considera; (v) la seguridad social y las relaciones laborales¹⁵.

Así pues, la función de policía de acuerdo a lo precisado en la sentencia C-813 de 2014 se configura como la atribución y el ejercicio de competencias concretas asignadas de ordinario y mediante el ejercicio del poder de policía a las autoridades administrativas. Su ejercicio, compete al presidente de la República, a nivel nacional, según el artículo 189-4 de la Carta, y en las entidades territoriales a los gobernadores y los alcaldes quienes ejercen la función de policía (arts. 303 y 315-2 C.P.), dentro del marco constitucional, legal y reglamentario; función que ejercen mediante: *“(i) el establecimiento de normas generales que limitan los derechos para preservar el orden público; (ii) la expedición de actos normativos individuales, dentro de los límites de esas normas generales; (iii) el despliegue de actividades materiales, que incluyen el empleo de la coacción y que se traduce en la organización de cuerpos armados y funcionarios especiales a través de los cuales se ejecuta la función”*¹⁶.

¹⁴ Sentencia C-117 de 2006.

¹⁵ Olano García, Hernán Alejandro. La policía administrativa. Revista Logos, Ciencia & Tecnología [en línea]. 2010, 1(2), 106-116[fecha de Consulta 3 de junio de 2020]. ISSN: 2145-549X. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=517751799009>.

¹⁶ Ibídem.



En síntesis, concluye la Corte Constitucional en la sentencia C-813/14 que el ejercicio del poder de policía, a través de la ley, delimita derechos constitucionales de manera general y abstracta y establece las reglas legales que permiten su específica y concreta limitación para garantizar los elementos que componen la noción de orden público policivo, mientras que a través de la función de policía se hacen cumplir jurídicamente y a través de actos administrativos, las disposiciones establecidas en las hipótesis legales, en virtud del ejercicio del poder de policía.

Así, el código nacional de seguridad y convivencia ciudadana definió en su artículo 11 el concepto de poder de policía, como la facultad de expedir las normas en materia de policía, que son de carácter general, impersonal y abstracto, ejercida por el congreso de la República, para regular el ejercicio de la libertad, los derechos y los deberes constitucionales, para la convivencia y establecer los medios y las medidas correctivas en caso de su incumplimiento y frente a la función de policía, procedió a definirla en su artículo 16 como la facultad de hacer cumplir las disposiciones dictadas en ejercicio del poder de policía, mediante la expedición de reglamentos generales y de acciones apropiadas para garantizar la convivencia.

En criterio de la Corte Constitucional, los alcaldes en orden a las facultades otorgadas mediante el artículo 315 de la Carta, detentan la función de policía al ser primera autoridad local. En este sentido pueden emitir reglamentaciones generales para restringir derechos dentro del marco que la Constitución establece.

Por su parte, el legislador ordinario en desarrollo de la normativa constitucional expidió la ley 1551 de 2012 *“Por la cual se dictan normas para modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios”*, cuyo artículo 29 –que modifica el artículo 91 de la Ley 136 de 1994- establece las funciones de los alcaldes en relación con –entre otras- el orden público, teniendo la facultad para conservarlo de restringir y vigilar la circulación de personas por vías y lugares públicos, decretar toques de queda y restringir o prohibir el expendio de bebidas embriagantes.

Por su parte, el código nacional de seguridad y convivencia ciudadana señala en su artículo 14 la facultad de gobernadores y alcaldes en ejercicio de la función de policía para prevenir riesgo o ante situaciones de emergencia, seguridad y calamidad:

“ARTÍCULO 14. PODER EXTRAORDINARIO PARA PREVENCIÓN DEL RIESGO O ANTE SITUACIONES DE EMERGENCIA, SEGURIDAD Y CALAMIDAD. Los gobernadores y los alcaldes, podrán disponer acciones transitorias de Policía, ante situaciones extraordinarias que puedan amenazar o afectar gravemente a la población, con el propósito de prevenir las consecuencias negativas ante la materialización de un evento amenazante o mitigar los efectos adversos ante la ocurrencia de desastres, epidemias, calamidades, o situaciones de seguridad o medio ambiente; así mismo, para disminuir el impacto de sus posibles consecuencias, de conformidad con las leyes que regulan la materia.

PARÁGRAFO. Lo anterior sin perjuicio de lo establecido en la Ley 9ª de 1979, la Ley 65 de 1993, Ley 1523 de 2012 frente a la condición de los mandatarios como cabeza de los Consejos de Gestión de Riesgo de Desastre y las normas que las modifiquen, adicionen o sustituyan, con respecto a las facultades para declarar la emergencia sanitaria.”

De igual manera, en el artículo 204 –ibídem- se reitera que el alcalde es la primera autoridad de policía del distrito o municipio y para tal efecto se le atribuyen –entre otras- las siguientes funciones:



“Artículo 205. Atribuciones del alcalde. *Corresponde al alcalde:*

(...) 2. Ejercer la función de Policía para garantizar el ejercicio de los derechos y libertades públicas, así como el cumplimiento de los deberes de conformidad con la Constitución, la ley y las ordenanzas.

(...)

16. Ejecutar las instrucciones del Presidente de la República en relación con el mantenimiento y restablecimiento de la convivencia”.

Asimismo, se tiene en cuenta que el numeral 1 y el subliteral b) del numeral 2 del literal B) y el párrafo 1 del artículo 91 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 29 de la Ley 1551 de 2012, prescriben como funciones de los alcaldes:

“B) En relación con el orden público:

1. Conservar el orden público en el municipio, de conformidad con la ley y las instrucciones del Presidente de la República y del respectivo gobernador. La Policía Nacional cumplirá con prontitud y diligencia las ordenes que le imparta el alcalde por conducto del respectivo comandante.

2. Dictar para el mantenimiento del orden público o su restablecimiento de conformidad con la ley, si fuera del caso, medidas tales como:

a) Restringir y vigilar la circulación de las personas por vías y lugares públicos;

b) Restringir o prohibir el expendio y consumo de bebidas embriagantes;

PARA'GRAFO 1°. La infracción a las medidas previstas en los literales a), b) y c) del numeral 2 se sancionaran por los alcaldes con multas hasta de dos salarios legales mínimos mensuales.”

De igual manera, el artículo 202 del código nacional de seguridad y convivencia ciudadana (ley 1801 de 2016), reglamenta el poder extraordinario de policía con que cuentan los gobernadores y alcaldes:

“ARTÍCULO 202. COMPETENCIA EXTRAORDINARIA DE POLICÍA DE LOS GOBERNADORES Y LOS ALCALDES, ANTE SITUACIONES DE EMERGENCIA Y CALAMIDAD. *Ante situaciones extraordinarias 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 las siguientes medidas, con el único fin de proteger y auxiliar a las personas y evitar perjuicios mayores:*

1. Ordenar el inmediato derribo, desocupación o sellamiento de inmuebles, sin perjuicio del consentimiento del propietario o tenedor.

2. Ordenar la clausura o desocupación de escuelas, colegios o instituciones educativas públicas o privadas, de cualquier nivel o modalidad educativa, garantizando la entidad territorial un lugar en el cual se pueden ubicar los niños, niñas y adolescentes y directivos docentes con el propósito de no afectar la prestación del servicio educativo.

3. Ordenar la construcción de obras o la realización de tareas indispensables para impedir, disminuir o mitigar los daños ocasionados o que puedan ocasionarse.



4. Ordenar la suspensión de reuniones, aglomeraciones, actividades económicas, sociales, cívicas, religiosas o políticas, entre otras, sean estas públicas o privadas.
5. Ordenar medidas restrictivas de la movilidad de medios de transporte o personas, en la zona afectada o de influencia, incluidas las de tránsito por predios privados.
6. Decretar el toque de queda cuando las circunstancias así lo exijan.
7. Restringir o prohibir el expendio y consumo de bebidas alcohólicas.
8. Organizar el aprovisionamiento y distribución de alimentos, medicamentos y otros bienes, y la prestación de los servicios médicos, clínicos y hospitalarios.
9. Reorganizar la prestación de los servicios públicos.
10. Presentar, ante el concejo distrital o municipal, proyectos de acuerdo en que se definan los comportamientos particulares de la jurisdicción, que no hayan sido regulados por las leyes u ordenanzas, con la aplicación de las medidas correctivas y el procedimiento establecidos en la legislación nacional.
11. Coordinar con las autoridades del nivel nacional la aplicación y financiación de las medidas adoptadas, y el establecimiento de los puestos de mando unificado.
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.”

3.3.3. La seguridad y salubridad pública como partes del concepto de orden público

El Consejo de Estado ha definido la salubridad pública como “la garantía de la salud de los ciudadanos” e implica “obligaciones que tiene el Estado de garantizar las condiciones mínimas que permitan el desarrollo de la vida en comunidad (...) Estos derechos colectivos están ligados al control y manejo de las situaciones de índole sanitario, para evitar que tanto en el interior como en el exterior de un establecimiento o de determinado lugar se generen focos de contaminación, epidemias u otras circunstancias que puedan afectar la salud y la tranquilidad de la comunidad y en general que afecten o amenacen el estado de sanidad comunitaria”¹⁷.

Para la Corte Constitucional¹⁸ es necesario precisar que “la **salubridad pública** puede ser definida como una serie de condiciones sanitarias, tanto químicas, como relativas a la organización y disposición del espacio, necesarias para la protección de la vida, salud e integridad física del ser humano, así como de las especies animales y vegetales presentes en el ecosistema. Esta definición parte de entender que los problemas de salubridad pública no sólo afectan al ser humano directamente (...)”.

El Consejo de Estado¹⁹ sobre el concepto de salubridad pública ha sostenido que “En diferentes ocasiones la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre los conceptos de

¹⁷ Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección primera, sentencia de 3 de septiembre de 2009, radicación 85001233100020040224401.

¹⁸ Sentencia C- 225 de 2017.

¹⁹ Consejo de Estado. Sección Primera. C.P.: Roberto Augusto Serrato Valdés. Bogotá, D.C., ocho (8) de junio de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 88001-23-33-000-2014-00040-



seguridad y salubridad públicas; los mismos han sido tratados como parte del concepto de orden público y se han concretado en las obligaciones que tiene el Estado de garantizar condiciones mínimas que permitan el desarrollo de la vida en comunidad.

“...Su contenido general, implica, de acuerdo con la jurisprudencia citada, en el caso de la seguridad, la prevención de los delitos, las contravenciones, los accidentes naturales y las calamidades humanas y, en el caso de la salubridad, la garantía de la salud de los ciudadanos.” (Se resalta).

Es así, que acorde con la jurisprudencia antes citada, dentro de la concepción amplia de orden público se incluyen la salubridad y seguridad públicas. En esa línea, el legislador previó en la Ley 9 de 1979, *“Por la cual se dictan medidas sanitarias”*, medidas preventivas que pueden adoptar los alcaldes municipales para conjurar posibles afectaciones a estas:

“Artículo 591. Para los efectos del Título VII de esta Ley son medidas preventivas sanitarias las siguientes:

a) El aislamiento o internación de personas para evitar la transmisión de enfermedades. Este aislamiento se hará con base en certificado médico expedido por la autoridad sanitaria y se prolongará sólo por el tiempo estrictamente necesario para que desaparezca el peligro de contagio;

(...)

e) Suspensión de trabajos o de servicios;

g) Desocupación o desalojamiento de establecimientos o viviendas”.

En concordancia con lo anterior, el decreto 780 de 2016 reglamentario del sector salud, dispone una serie de medidas con el objeto de prevenir o controlar situaciones que atenten contra la salud individual y contra la salubridad pública:

“Artículo 2.8.8.1.4.3. Medidas sanitarias. Con el objeto de prevenir o controlar la ocurrencia de un evento o la existencia de una situación que atenten contra la salud individual o colectiva, se consideran las siguientes medidas sanitarias preventivas, de seguridad y de control:

- a) Aislamiento o internación de personas y/o animales enfermos;*
- b) Cuarentena de personas y/o animales sanos;*
- c) Vacunación u otras medidas profilácticas de personas y animales;*
- d) Control de agentes y materiales infecciosos y tóxicos, vectores y reservorios;*
- e) Desocupación o desalojamiento de establecimientos o viviendas;*
- f) Clausura temporal parcial o total de establecimientos;*
- g) Suspensión parcial o total de trabajos o servicios;*
- h) Decomiso de objetos o productos;*
- i) Destrucción o desnaturalización de artículos o productos si fuere el caso;*
- j) Congelación o suspensión temporal de la venta o empleo de productos y objetos.*

Parágrafo 1o. *Sin perjuicio de las medidas antes señaladas y en caso de epidemias o situaciones de emergencia sanitaria nacional o internacional, se podrán adoptar medidas de carácter urgente y otras precauciones basadas en principios científicos recomendadas por expertos con el objetivo de limitar la*



diseminación de una enfermedad o un riesgo que se haya extendido ampliamente dentro de un grupo o comunidad en una zona determinada.

Parágrafo 2o. *Las medidas de seguridad son de inmediata ejecución, tienen carácter preventivo y transitorio y se aplicarán sin perjuicio de las sanciones a que hubiere lugar”.*

3.5 Solución a la causa

De la mano de los antecedentes y marco normativo y jurisprudencial expuesto, pasa esta corporación a resolver el primero de los problemas jurídicos planteados, esto es, si es procedente el control inmediato de legalidad de la circular sin número de fecha 8 de abril de 2020 expedida por el alcalde de El Molino, con asunto “*Medidas de bioseguridad y prevención del COVID-19*”.

Para lo anterior, se hace el siguiente análisis:

(i) Que se trate de un acto de contenido general

En la norma objeto de control, el alcalde del municipio de El Molino, recordó las medidas que debían adoptar las farmacias y droguerías, conforme a los lineamientos expedidos por el ministerio de salud para evitar la propagación del Covid-19 en establecimientos del sector productivo de productos farmacéuticos, alimentos y bebidas, tales como supermercados, restaurantes, tiendas, plazoletas de comida, panaderías, carnicerías, plazas de mercado, plantas de producción, droguerías y otros establecimientos relacionados.

Ahora bien, debe resaltarse que el Consejo de Estado ha definido las circulares o instrucciones de servicio como “actos jurídicos de la administración en sentido lato, susceptibles de ser impugnados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, dependiendo básicamente de su contenido”²⁰.

En ese sentido, de la revisión de la circular remitida, advierte el tribunal que no se trata de una circular interna, pues se incluye como destinataria a farmacias y droguerías que hacen parte de la comunidad en general, y los lineamientos contenidos en esta van especialmente dirigidos a la comunidad. En ese orden, se trata de un verdadero acto administrativo que produce efectos vinculantes frente a los administrados.

Conforme a lo anterior, se observa que la norma sometida a control incluye medidas de carácter general, como quiera que es evidente que se trata de un acto administrativo de contenido general, impersonal y abstracto²¹, por lo que no queda duda del cumplimiento

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero ponente: Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta, diecinueve (19) de marzo de dos mil nueve (2009) Radicación número: 11001-03-25-000-2005-00285-00.

²¹ En la sentencia C-620 de 2004 la Corte Constitucional definió el acto administrativo como “*La declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria*”. En la aludida sentencia, la Corte precisó respecto a la distinción entre actos administrativos de carácter general y particular que “*la jurisprudencia y la doctrina han diferenciado los llamados Actos Administrativos de carácter general y los Actos Administrativos de carácter particular. A través de los primeros, se conocen aquellos actos administrativos en los que los supuestos normativos aparecen enunciados de manera objetiva y abstracta, y no singular y concreta, y por lo tanto versados a una pluralidad indeterminada de personas; es decir, a todas aquellas que se encuentren comprendidas en tales*



del primer requisito de procedencia para su control inmediato de legalidad: que se trate de un acto de contenido general.

(ii) Que se trate de un acto proferido en ejercicio de la función administrativa

Examinada la norma objeto de control, se advierte que fue proferida en virtud de las atribuciones constitucionales y legales que tiene el alcalde del municipio de El Molino, esto es, como jefe de la administración local y dirigiendo la acción administrativa del municipio, es decir, en ejercicio de la función administrativa²² -artículo 315 numeral 2° y 3°-, cumpliéndose por tanto este segundo presupuesto.

(iii) Que la medida de carácter general sea impartida en desarrollo de un decreto legislativo expedido con fundamento en cualquier estado de excepción

De una primera lectura de la norma objeto de control, se advierte que no invoca dentro de sus fundamentos el decreto 417 de 2020 en el que se declaró el estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional, o alguno de los decretos legislativos que la desarrolla, razón que en principio sería suficiente para conllevar a la improcedencia del medio de control²³.

Ahora bien, al efectuarse un análisis material de las competencias ejecutadas en el acto remitido, se observa que se desarrollaron en virtud de la normatividad existente en el ordenamiento jurídico ordinario, que otorga facultades a los alcaldes municipales como máximas autoridades de policía dentro de esa unidad básica administrativa territorial, para garantizar la seguridad y salubridad públicas. Es decir, se trata de facultades desplegadas en desarrollo de la función común de policía administrativa, cuya finalidad es el mantenimiento del orden público o de la convivencia, en este caso en sede específica de seguridad y salubridad pública, a fin de evitar la propagación del virus Covid-19 y garantizar el suministro de bienes de primera necesidad, como lo son los medicamentos.

parámetros. Por el contrario, los segundos, son aquellos actos administrativos de contenido particular y concreto, que producen situaciones y crean efectos individualmente considerados. No obstante lo anterior, la indeterminación no se relaciona únicamente en punto del número de receptores de la decisión administrativa, sino que igualmente estos aparezcan individualizados. En otras palabras, "puede existir un acto general referido, en la práctica, sólo a algunas pocas personas o a ninguna y viceversa, un acto individual referido a muchas personas concretamente identificadas" (Se resalta).

²² De acuerdo a la Corte Constitucional, la función administrativa –activa- es aquella por medio de la cual "un órgano busca realizar el derecho y cumplir sus fines y cometidos. Es pues una labor en donde los servidores públicos deciden y ejecutan (...) En general, todo ejercicio de una función administrativa, en el sentido de ejecución administrativa, se hace por medio de actos administrativos" -Sentencia C-189 de 1998-.

²³ Por ejemplo, en providencia de fecha 1 de julio de 2020 el Consejo de Estado (Consejo de Estado, Sala Catorce Especial de Decisión, M.P. Alberto Montaña Plata, Rad. 11001-03-15-000-2020-02850-00) señaló:

"(...) a) de manera formal, la decisión no invocó ningún decreto legislativo proferido en el marco de los estados de excepción declarados con ocasión del COVID-19, por el contrario, en ella se citaron decretos reglamentarios que regularon el aislamiento preventivo obligatorio e impartieron instrucciones y medidas de orden público durante su ejecución, esto es, el 636, el 689 y el 749 de 2020. **Lo anterior, en principio, sería una razón suficiente para desestimar el control inmediato de legalidad**, sin embargo, b) al efectuar una revisión material, b1) tampoco se advierte que la decisión desarrolle algún decreto legislativo expedido en virtud del Decreto 417 o el 637 de 2020, b2) así mismo, no desarrolla estos últimos, comoquiera que contempla directrices dirigidas al Alcalde de Cartagena frente a las medidas de desarrollo o suspensión de las actividades previstas en los decretos reglamentarios de los aislamientos preventivos obligatorios."



En torno a las medidas adoptadas debe destacarse que la Corte Constitucional expresó en la sentencia C-204 de 2019 que *“el poder de policía otorgado a los alcaldes le permite expedir normas generales, impersonales y preexistentes, reguladoras del comportamiento ciudadano que tiene que ver con el orden público y con la libertad”*²⁴.

En ese sentido, conforme al marco normativo y jurisprudencial que fue expuesto en aparte anterior de esta providencia, observa el tribunal que la aludida circular no desarrolla competencias extraordinarias enmarcadas dentro de la declaratoria de estado de emergencia económica, social y ecológica decretada por el gobierno nacional, sino competencias ordinarias que tiene asignadas el ordenamiento jurídico a los alcaldes. De tal manera, que se trata de facultades de las que se podía hacer uso aun cuando no se hubiera efectuado la declaratoria de estado de emergencia realizada en el decreto 417 de 2020.

Así, a juicio del Tribunal resulta fundamental diferenciar entre aquellas medidas generales ordinarias que buscan conjurar los efectos de la emergencia sanitaria declarada en la resolución No. 385 del 12 de marzo de 2020, de aquellas que desarrollan competencias extraordinarias en virtud de la declaratoria de la emergencia económica, social y ecológica efectuada en el decreto 417 de 2020, pues esta última alude a medidas que evidencian una insuficiencia de las facultades gubernamentales y administrativas ordinarias y la necesidad de medidas extraordinarias que precisamente se desarrollan en los decretos legislativos.

En ese norte, tal distinción resulta esencial, pues lo que habilita la procedencia del control inmediato de legalidad no es que se trate de medidas generales ligadas a la conjuración de la pandemia generada por el Covid-19, sino que se trate de medidas de carácter general que desarrollen decretos legislativos expedidos en virtud de la declaratoria de emergencia, los cuales vienen, bajo su carácter excepcional y temporal, a adecuar, reformar o adicionar normas del régimen jurídico vigente, otorgando herramientas diferentes a las que de ordinario tienen las autoridades estatales. Tal criterio ha sido sostenido por el Consejo de Estado, así:

*“En este aspecto, es importante resaltar que no todos los actos que las autoridades del orden nacional expidan adoptando medidas relacionadas con ese tema deben ser aprehendidos automáticamente para control inmediato de legalidad por el Consejo de Estado, pues, de acuerdo con las normas que regulan la materia, es menester que éstos se profieran al amparo de los decretos legislativos propios del Estado de Excepción y no como desarrollo de las facultades que de ordinario detentan y con base en las cuales también puede adoptar medidas para enfrentar la pandemia. Lo anterior, dado el carácter restrictivo y excepcional del medio de control inmediato de legalidad.”*²⁵

En el mismo sentido, se pone de presente que en la aludida sentencia C-145 de 2020, la Corte Constitucional destacó que el estado de excepción debía justificarse siempre que

²⁴ Consejo de Estado, Secc. 1, sentencia del 17 de mayo de 2001, Franky Urrego Ortiz contra el Decreto 626 del 15 de julio de 1998, proferida por el Alcalde Mayor de Bogotá, que instauró, por primera vez, la medida conocida como Pico y Placa, rad. 25000-23-24-000-1998-0707-01(5575).

²⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Especial De Decisión Dieciséis, Consejero ponente: Nicolás Yepes Corrales, seis (6) de mayo de dos mil veinte (2020), Radicación número: 11001-03-15-000-2020-01557-00.



las medidas de excepción que se dispone en el ordenamiento jurídico no resulten suficientes y carezcan de inmediatez:

“116. Para que los ciudadanos puedan gozar de condiciones de vida digna y saludables frente al nuevo coronavirus y se puedan atender las consecuencias nocivos sobre el orden económico y social producido, es imperativo contar con herramientas extraordinarias que permitan responder con oportunidad y eficacia, pues las que dispone el ordenamiento jurídico en condiciones de normalidad institucional no resultan suficientes y carecen de la inmediatez requerida para conjurar tan diversas perturbaciones al orden nacional.”

Por otra parte, en pronunciamiento de 26 de junio de 2020²⁶, el Consejo de Estado reiteró el carácter restrictivo del control inmediato de legalidad y su improcedencia frente a medidas que tienen el carácter de ordinario y no desarrollan decretos legislativos. Al respecto se dijo:

“3. Al expedir el Decreto n°. 457 de 2020 el Gobierno Nacional invocó las facultades ordinarias previstas en los artículos 189.4, 303, 315 CN y 199 de la Ley 1801 de 2016. En cuanto a sus formalidades, el decreto también tiene carácter ordinario, pues está firmado por el Presidente de la República y los ministros de los sectores de la Administración a los que incuben las medidas adoptadas. De modo que, por el órgano, las facultades en que se sustenta y la forma, el decreto tiene carácter ordinario.

El Consejo de Estado ha reconocido el carácter ordinario del Decreto n°. 457 de 2020 de manera reiterada². 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 nulidad³.

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. (...)

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Especial de Decisión N°. 26, Consejero ponente: Guillermo Sánchez Luque, veintiséis (26) de junio de dos mil veinte (2020), Radicado número: 11001-03-15-000-2020-02611-00, Autoridad: Nación-Ministerio Del Interior, Asunto: Control Inmediato de Legalidad.



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 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.” (Se resalta)

De manera tal, que a juicio del tribunal no puede considerarse el estado de excepción decretado en el territorio nacional, como la causa de la expedición de la norma objeto de control, tal como fue puesto de presente por la agente del ministerio público.

Conforme a todo lo anterior, huelga colegir que el acto administrativo sometido a control no cumple con el requisito de tratarse de una medida de carácter general impartida en desarrollo de un decreto legislativo expedido con base en el estado de excepción, es decir, no tiene como fin desarrollar los decretos legislativos expedidos con base en la declaratoria estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional, pues no es el decreto legislativo 417 de 2020 la razón para proferir la circular sino la emergencia sanitaria declarada por el ministerio de salud y protección social, desplegándose para tal efecto facultades ordinarias establecidas por el ordenamiento jurídico que en nada atañen al carácter excepcional de las medidas del estado de emergencia.

La anterior situación, a juicio del tribunal, torna improcedente²⁷ el control inmediato de legalidad en referencia, con lo que se resuelve negativamente el primer problema jurídico planteado, relevándose la sala de examinar de fondo el asunto y sin que ello obste para que en esta oportunidad se enfatice de nuevo en que, la inviabilidad de estudiar la legalidad de la circular remitida, a través del medio de control regulado en el artículo 136 CPACA, en modo alguno puede dar lugar a entender que este o en general, los actos expedidos por las autoridades territoriales en condiciones similares, queden desprovistos de control judicial, por cuanto el efecto procesal de la decisión aquí adoptada no limita el ejercicio de acciones como la de nulidad, en virtud de las cuales puede esta jurisdicción, a

²⁷ Acogiendo en tal sentido la posición reciente adoptada por el Consejo de Estado en sentencia de fecha 2 de junio de 2020, Sala Especial De Decisión No. 6, Consejero ponente: Carlos Enrique Moreno Rubio, radicación número: 11001-03-15-000-2020-01012-00. También en: Consejo de Estado, sala plena de lo contencioso administrativo, consejero ponente: Manuel Santiago Urueta Ayola, veintiuno (21) de junio de mil novecientos noventa y nueve (1999), Radicación número: CA 023; y Consejo de Estado, Sala Plena, consejero ponente: Manuel Santiago Urueta Ayola, once (11) de septiembre de dos mil (2000), Radicación número: CA-051.



instancia de quien haga uso de esos otros medios, efectuar el control correspondiente, inclusive luego de haber expirado la vigencia de las medidas.

En mérito de lo expuesto el tribunal administrativo de La Guajira, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: DECLARAR improcedente el control inmediato de legalidad respecto a la circular sin número de fecha 8 de abril de 2020 expedida por el alcalde de El Molino, con asunto "*Medidas de bioseguridad y prevención del COVID-19*". Lo anterior, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: Comuníquese, cópiese y notifíquese esta providencia por secretaría. Publíquese la sentencia en el espacio virtual dispuesto por la administración de la rama judicial para el efecto.

TERCERO: En firme esta providencia archívese el expediente, previas las anotaciones respectivas, descargándolo del inventario de procesos del despacho ponente y efectuando las anotaciones pertinentes en el sistema Justicia Siglo XXI TYBA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La presente providencia fue deliberada en sesión virtual celebrada el 22 de octubre de 2020 conforme a lo indicado en convocatoria a sala de decisión y votada posteriormente a través del correo institucional. En señal de su expedición por el tribunal y debido a la situación de pandemia, lleva solo la firma de la ponente y la respectiva nota en la antefirma de las demás magistradas con quienes se integró la sala.

Las Magistradas

HIRINA DEL ROSARIO MEZA RHENALS

(aprobada con el voto favorable de)

CARMEN CECILIA PLATA JIMÉNEZ

(aprobada con el voto favorable de)

MARÍA DEL PILAR VELOZA PARRA

Firmado Por:

HIRINA DEL ROSARIO MEZA RHENALS

MAGISTRADO

MAGISTRADO - TRIBUNAL 003 ADMINISTRATIVO MIXTO DE LA CIUDAD DE RIOHACHA-LA GUAJIRA

Código de verificación: **5fa8fd4533b2812920727e11457c2db47b6ad67d9920f56afd01cb90aaa93d9d**
Documento generado en 26/10/2020 10:41:25 a.m.