

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA

Magistrado Ponente. Dr. CARLOS ARTURO MENDIETA RODRÍGUEZ

Ibagué, veintinueve (29) de mayo de dos mil veinte (2020)

Referencia: CA-00020
Medio de control: CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD – ESTADO DE EXCEPCIÓN
Autoridad que emite acto: ALCALDE MUNICIPAL DE IBAGUÉ - TOLIMA
Acto administrativo: Decreto No. 1000-0215 del 22 de marzo de 2020 *“Por medio del cual prorroga los efectos del Decreto No. 1000-0211 del 19 de marzo de 2020”*.

Aclaración de voto **Magistrado JOSÉ ANDRÉS ROJAS VILLA**

Explicación para presentar Aclaración de voto respecto del proyecto de sentencia y no insistir en declarar la nulidad de lo actuado.

Una vez más reitero mi posición conceptual sobre la manera de fallar los medios de Control Inmediato de Legalidad en los casos en los que se admitió el medio de control sin competencia para ello; por efectos prácticos, asumo entonces la posición de la mayoría. En razón a ello, anuncié desde la Sentencia del CA-00001, M.P. LUÍS EDUARDO OLAYA COLLAZOS, Medio de Control: Control Inmediato de Legalidad, Autoridad que Remite: Alcalde Municipal de San Antonio, Acto Administrativo: Decreto No. 041 de 17 de marzo de 2020, Asunto: *“Por el cual se dictan medidas de protección frente al CORONAVIRUS COVID-19 y se dictan otras disposiciones”* que en lo sucesivo, **a.** aclararé el voto que acompaña la posición de la mayoría, **b.** elaboraré mis ponencias con idéntico propósito.

El suscrito Magistrado sostiene la tesis de que el Juez Especializado de lo Contencioso Administrativo debe adoptar, en Auto de ponente, la decisión de nulitar lo actuado por virtud de los artículos 125¹ y 243² del C. de P.A. y de lo C.A.

¹ *“DECISIONES EN LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.*

ARTÍCULO 125. DE LA EXPEDICIÓN DE PROVIDENCIAS. Será competencia del juez o Magistrado Ponente dictar los autos interlocutorios y de trámite; sin embargo, en el caso de los jueces colegiados, las decisiones a que se refieren los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 243 de este Código serán de la sala, excepto en los procesos de única instancia. Corresponderá a los jueces, las salas, secciones y subsecciones de decisión dictar las sentencias. Los autos que resuelvan los recursos de súplica serán dictados por las salas, secciones y subsecciones de decisión con exclusión del Magistrado que hubiere proferido el auto objeto de la súplica.”.

² *“ARTÍCULO 243. APELACIÓN. Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales y de los Jueces. También serán apelables los siguientes autos proferidos en la misma instancia por los jueces administrativos:*

1. El que rechace la demanda.

En efecto, luego de verificar que el trámite dado en la Corporación para activar el sistema de controles y contrapesos interinstitucional, dado a **i. “Las medidas de carácter general”, ii. “que sean dictadas en ejercicio de la función administrativa” pero que no fueran** **iii. “como desarrollo de los decretos legislativos durante los Estados de Excepción”**; lo procedente era declarar la nulidad de lo actuado y no con sentencia del **Control Inmediato de Legalidad**³.

Es decir, la sentencia dictada por los vericuetos del artículo 185 Ib. resulta inapropiado procedimiento para auscultarlo por el medio de **Control Inmediato de Legalidad**; por lo tanto, lo jurídicamente atendible era reconocer la **falta de competencia** para ello, por ostensible violación de las formas propias del juicio.

En este asunto, sin embargo, la advertencia del ponente no se verificó con el auto de asunción de competencia y admisión del trámite, sino al momento de proyectar el fallo, razón por la cual, propone dictar sentencia determinando **“DECLARAR IMPROCEDENTE”** el control inmediato de legalidad frente al acto administrativo de la referencia, y seguidamente establecer que la presente decisión **NO HACE TRÁNSITO A COSA JUZGADA**, lo que significa que contra el aludido acto administrativo plural de carácter general, procederán los medios de control ordinarios, conforme lo establece la Ley 1437 de 2011 y las demás disposiciones concordantes.

Y la razón de ello, dice que la normativa que le dio sustento al acto plural analizado no proviene de un Decreto legislativo, sino de sus facultades ordinarias de la materia que se ocupa el acto territorial y de Decretos nacionales ordinarios o reglamentarios *-expedidas en ejercicio de la función administrativa-*; razón por la cual considera insatisfecho el requisito de procedibilidad consistente en que las medidas objeto del control inmediato de legalidad constituyan un desarrollo de los decretos legislativos durante los estados de excepción, haciendo improcedente este mecanismo excepcional, como en efecto se declara.

Coincide con el Concepto del Ministerio público.

-
2. *El que decrete una medida cautelar y el que resuelva los incidentes de responsabilidad y desacato en ese mismo trámite.*
 3. *El que ponga fin al proceso.*
 4. *El que apruebe conciliaciones extrajudiciales o judiciales, recurso que solo podrá ser interpuesto por el Ministerio Público.*
 5. *El que resuelva la liquidación de la condena o de los perjuicios.*
 6. *El que decreta las nulidades procesales.*
 7. *El que niega la intervención de terceros.*
 8. *El que prescinda de la audiencia de pruebas.*
 9. *El que deniegue el decreto o práctica de alguna prueba pedida oportunamente.*

Los autos a que se refieren los numerales 1, 2, 3 y 4 relacionados anteriormente, serán apelables cuando sean proferidos por los tribunales administrativos en primera instancia.

El recurso de apelación se concederá en el efecto suspensivo, salvo en los casos a que se refieren los numerales 2, 6, 7 y 9 de este artículo, que se concederán en el efecto devolutivo.

PARÁGRAFO. La apelación solo procederá de conformidad con las normas del presente Código, incluso en aquellos trámites e incidentes que se rijan por el procedimiento civil.”.

³ Artículos 215 de la Carta, 20 de la Ley 137 de 1994, 136, 151-11 y 14- y 185 del C. de P.A. y de lo C.A. y de la **Sentencia No. C-179 de 94** de la Corte Constitucional.

Y ciertamente, los Decretos nacionales Nos. 418 del 18 de marzo⁴, 420 de marzo 18⁵, 457 del 22 de marzo⁶, 531 del 8 de abril⁷, 536 de abril 11⁸ y 593 del 24 de abril del 2020⁹, entre otros, dictados en el curso del “*Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional*”-, no son Decretos legislativos, son meros decretos reglamentarios de las materias a las que aluden sus considerandos -a. no están suscritos por el Presidente y todos los ministros, concepto de Gobierno Nacional; y, b. porque corresponden a medidas de carácter general expedidas en ejercicio de la función administrativa, por parte del Presidente de la República según las facultades que le ha conferido la constitución y las leyes-; y además de no serlos, son manifiestamente inconstitucionales como quiera que nacieron por fuera de las facultades extraordinarias que entrega la Constitución al Gobierno¹⁰ durante los estados de excepción -artículo 215 Superior- y abordan temas que tienen reserva de ley¹¹ y, por lo tanto, solo es competencia del ejecutivo abordar estas temáticas en virtud del estado de emergencia a través de los Decretos legislativos; por esta potísima razón, hay que distinguir las medidas adoptadas para conjurar la crisis sanitaria por la pandemia del Coronavirus Covid-19, especialmente en materia de aislamiento preventivo obligatorio y prohibición de la movilización, con poderes de policía administrativa, como primera autoridad de policía en el territorio nacional.

⁴ “Por el cual se dictan medidas transitorias para expedir normas en materia de orden público”

⁵ “Por el cual se imparten instrucciones para expedir normas en materia de orden público en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia de COVID-19”.

⁶ “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.”

⁷ “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”.

⁸ “Por el cual se modifica el Decreto [531](#) del 8 de abril de 2020 en el marco de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del Coronavirus COVID-19, y el mantenimiento del orden público”.

⁹ “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”.

¹⁰ Para que no se diga que la distinción es insustancial; el Constituyente del 91 explicó en su artículo 115, “*El Presidente de la República es Jefe del Estado, Jefe del Gobierno y suprema autoridad administrativa.*

El Gobierno Nacional está formado por el Presidente de la República, los ministros del despacho y los directores de departamentos administrativos.

El Presidente y el Ministro o Director de Departamento correspondientes, en cada negocio particular, constituyen el Gobierno.”.

Y como si alguien no entendiera la diferencia, o la oteara como sutil y acaso inane precisión, el Constituyente se encargó de atestar “*Ningún acto del Presidente, excepto el de nombramiento y remoción de Ministros y Directores de Departamentos Administrativos y aquellos expedidos en su calidad de Jefe del Estado y de suprema autoridad administrativa, tendrá valor ni fuerza alguna mientras no sea suscrito y comunicado por el Ministro del ramo respectivo o por el Director del Departamento Administrativo correspondiente, quienes, por el mismo hecho, se hacen responsables*”.

¹¹ El aislamiento limita fuertemente o suspende de facto derechos fundamentales centrales en un estado democrático, tales como la libre circulación (artículo 24 CP) en conexidad con el derecho al trabajo (artículo 25 CP), el derecho a la igualdad (artículo 13), el derecho al libre desarrollo de la personalidad (artículo 16), las libertades de reunión (artículo 37), religión (artículo 19), asociación (artículo 38 CP), entre otros. Además, por la técnica mixta de reglamentar las leyes a las que se alude en sendas partes considerativas, restringen o nulitan temporalmente el ejercicio de artes o profesiones o actividades lícitas como el comercio y la industria y la prestación de servicios esenciales como la educación, la administración de justicia y tantas otros.

El Tribunal Administrativo del Tolima ha propuesto que los Decretos territoriales expedidos con arreglo a Decretos ordinarios nacionales se tramiten por el medio de Control Inmediato de Legalidad si fueron expedidos en la época del “*Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional*”, por lo tanto, se estudia el fondo del asunto con la expedición de sentencia¹²; en otros casos, y con la aversión a “*inhibirse*” para decidir de fondo las demandas contra normas que no estuvieron fundamentadas en tales Decretos legislativos, **a.** ha preferido adoptar la solución, también, vía sentencia, de **declarar** improcedente el control inmediato de legalidad¹³ frente al acto administrativo no expedido en desarrollo de Decretos legislativos, y en otras veces. **b. declarar** probada de oficio la excepción de mérito denominada “*improcedencia del medio de control inmediato de legalidad*” en relación con el acto administrativo¹⁴, y como consecuencia de ello, **abstenerse** de pronunciarse a través del medio de control excepcional respecto de la legalidad del aludido acto general. Sin embargo, los Honorables Magistrados Belisario Beltrán Bastidas, Carlos Arturo Mendieta Rodríguez, Luís Eduardo Collazos Olaya y Ángel Ignacio Álvarez Silva coinciden en la admonición de que la decisión no hace tránsito a cosa juzgada, significando que contra el aludido acto administrativo general estudiando en sendos casos, procederán los medios de control ordinarios pertinentes, conforme lo dispuesto en la Ley 1437 de 2011 y demás disposiciones concordantes.

En un Estado Social y Democrático de Derecho, los asuntos competenciales resultan ser la base de la función pública; por ello considero que los jueces no estamos sino para resolver auténticos problemas jurídicos, lo que, desde luego, implica cierta actualidad o vigencia del problema, máxime tratándose de las llamadas acciones públicas, como los medios de control de **i.** Nulidad o de **ii.** Nulidad por inconstitucionalidad, y obviamente, el **iii.** Control Inmediato de Legalidad, de los que se desprende un control a partir del universo del ordenamiento, aunque evidentemente, la proposición del concepto de violación y de las normas violadas, guíen la función judicial en los dos primeros, y la racionalidad, del tercero.

Si tenemos aceptado que el presupuesto procesal de competencia es el inicio de la estructura de la sentencia, no se ve la razón por la cual deba dictarse sentencia en esta causa; máxime que la declaratoria de nulidad de lo actuado por rituarse pretermitiendo íntegramente la instancia, obviamente es el camino jurídicamente posible en el escenario procesal iniciado por fuera de la competencia funcional -y objetiva-.

Como la incompetencia funcional es una causal de nulidad insubsanable -artículo 144 inciso final del C.G. del P.- en el auto que declare la nulidad, debería indicar cuál es la actuación afectada por ésta **y si debe renovarse** -como en este caso, que resulta ostensible-.

Una vez más, por efectos prácticos, y desde la ponencia que elaboró el H. Magistrado Luís Eduardo Collazos Olayo -CA-00001, Medio de Control: Control

¹² Ponencia del Magistrado José Aleth Ruíz Castro.

¹³ Magistrados Belisario Beltrán Bastidas, Carlos Arturo Mendieta Rodríguez y Luís Eduardo Collazos Olaya.

¹⁴ Magistrado Ángel Ignacio Álvarez Silva.

Inmediato de Legalidad, Autoridad que Remite: Alcalde Municipal de San Antonio, Acto Administrativo: Decreto No. 041 de 17 de marzo de 2020-, asumo la posición de la mayoría; en razón a ello, en lo sucesivo, **a.** aclararé el voto que acompaña la posición de la mayoría, **b.** elaboraré mis ponencias con idéntico propósito.

Potestad Legislativa y Reglamentaria

La facultad legislativa está atribuida expresamente al Congreso, quien goza además de la cláusula general de competencia para crear normas jurídicas vinculantes (artículo 150, ords. 1 y 2 Superior)¹⁵. Esto significa que, en principio y no exclusivamente, las reglas a las cuales se sujeta la sociedad son expedidas por el Congreso, mientras que el Presidente ejerce su potestad reglamentaria para asegurar la debida ejecución de las leyes¹⁶, facultad que, sin embargo y eventualmente, se extiende a la expedición de normas con verdadera fuerza de Ley¹⁷.

Lo jurídico en lontananza del principio de legalidad.

Ciertamente que el Constituyente estableció que en desarrollo de los Estados de excepción, el Ejecutivo nacional podía asumir algunas competencias propias del Legislativo y en razón a ello, lo dotó de capacidad vinculante para expedir “*Decretos legislativos*”; en esta perspectiva, el principio constitucional de legalidad es principio rector del ejercicio del poder e implica “*que no existe facultad, función o acto que puedan desarrollar los servidores públicos que no esté prescrito, definido o establecido en forma expresa, clara y precisa en la ley. Este principio exige que todos los funcionarios del Estado actúen siempre sujetándose al ordenamiento jurídico que establece la Constitución y lo desarrollan las demás reglas jurídicas*”¹⁸.

¹⁵ Ver, entre muchas otras, las Sentencias C-710 de 2001, C-1191 de 2000, C-543 de 1998, C-568 de 1997, C-473 de 1997, C-398 de 1995 y C-417 de 1992 de la Corte Constitucional.

¹⁶ “*Al hablar de reglamentación en general, se hace referencia a una actividad eminentemente administrativa que se refleja en la producción de actos administrativos de carácter general, que como tal, se encuentra indudablemente sujeta no sólo a la Constitución Política, sino también al ordenamiento legal en general y al control judicial de la jurisdicción contencioso administrativa, independientemente de que, en los eventos expresamente contemplados por la Constitución Política, el Presidente de la República u otra autoridad estatal, puedan expedir medidas reglamentarias sin la necesaria mediación de una ley y de que excepcionalmente, el Presidente de la República pueda proferir actos administrativos generales que constituyen ley, desde el punto de vista material, por expresa disposición constitucional.*”; Aclaración de Voto del Consejero RAMIRO SAAVEDRA BECERRA en la providencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ; Sentencia de Agosto 14 de 2.008, Radicación No: 11001 03 26 000 1999 00012 01 (16230), Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa, Demandado: Comisión Nacional de Televisión, Referencia: Acción Pública de Nulidad.

¹⁷ “*..., la Constitución autoriza al Gobierno a expedir decretos con fuerza de ley, situación que puede presentarse en los siguientes casos: (i) una vez decretado un estado de excepción, el Ejecutivo puede expedir decretos con fuerza de ley, que tienen vocación temporal (Estado de Guerra Exterior o de Conmoción Interior), o carácter permanente (estado de emergencia) (CP arts 212 y ss); (ii) el Congreso puede conferir facultades extraordinarias temporales al Gobierno para que legisle sobre determinadas materias (CP art 15 ord 10); (iii) finalmente, el Presidente puede expedir decretos que tienen fuerza legislativa en otras situaciones puntuales.*”. **Sentencia C-234/02** (Referencia: expediente D-3702, Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 3 (parcial) de la Ley 48 de 1968, “*por la cual se adoptan como legislación permanente algunos decretos legislativos, se otorgan facultades al Presidente de la República y a las Asambleas, se introducen reformas al código sustantivo del trabajo y se dictan otras disposiciones*”, Demandante: Benjamín Ochoa Moreno, Magistrado Ponente: *Dr. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT*; Sentencia del 2 de abril de 2002).

Éstos Decretos legislativos están encaminados a conjurar las crisis sociales causadas por “Guerra exterior”¹⁹, o “En caso de grave perturbación del orden público que atente de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado, o la convivencia ciudadana, y que no pueda ser conjurada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades de Policía”²⁰, ora “Cuando sobrevengan hechos distintos de los previstos en los artículos [212](#) y [213](#) que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública”²¹.

La asunción de tareas legislativas por el Gobierno tiene dos controles básicos, **i.** el control político a cargo del Congreso de la República²², y **ii.** el control jurídico propiamente dicho, a cargo de la Corte Constitucional.

Los Estado de excepción se basan en turbaciones del orden público, y entonces los artículos 115, 188, 189 -num. 3 y 4-, 296, 303 y 315 -num. 2- Superiores ahora si cobran preeminencia; de tal linaje, en estas materias, los Gobernadores y los Alcaldes son siempre Agentes territoriales del Presidente de la República y jerárquicamente, cumplen sus directrices.

Ahora bien, en el artículo 215 Superior se explicó que la Administración -nacional o territorial-, podía expedir “medidas de carácter general” como desarrollo de los aludidos Decretos legislativos²³, en el ámbito de sus competencias; obviamente,

¹⁸ **Sentencia C-710-01**; Referencia: expediente D-3287, Demanda de inconstitucionalidad contra el párrafo 3 del artículo 85 de la Ley 99 de 1993, Actor: Ernesto Rey Cantor, Magistrado Ponente: Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO; Sentencia del 5 de julio de 2001.

¹⁹ Artículo 212 de la Constitución Política de Colombia.

²⁰ Artículo 213 Ib.

²¹ Artículo 215 Ib.

²² A través de juicio de responsabilidad por cualquier abuso que los miembros del Gobierno cometan en el ejercicio de las facultades respectivas, y a través de la atribución que esa Corporación tiene para modificar o derogar en cualquier época las medidas tomadas mediante los decretos legislativos.

²³ El Honorable Consejo, con ponencia del Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ tuvo oportunidad de precisar las características específicas de los decretos legislativos:

“(i) Pueden derogar, adicionar o modificar las leyes que sean pertinentes y en consecuencia tienen los mismos efectos jurídicos de una ley, a diferencia de lo que ocurre con los decretos legislativos proferidos en los estados de guerra exterior y conmoción interior, que solo suspenden las leyes que sean contrarias a la situación excepcional que se presente.

(ii) Los decretos legislativos que desarrollan el estado de emergencia tienen una vigencia indefinida, esto es, pueden sobrepasar el término por el cual se declaró el estado de excepción. No obstante, si establecen nuevos tributos o modifican los impuestos existentes, las medidas respectivas regirán solo hasta el vencimiento de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso las convierta en permanentes.

(iii) Pueden ser derogados, modificados o adicionados por el Congreso, pero la oportunidad para ello depende de si la iniciativa legislativa es exclusiva del Gobierno Nacional, o no. Las variables son las siguientes:

(a) En aquellas materias que son de iniciativa legislativa del presidente, la derogación, modificación o adición de los decretos legislativos de emergencia, por parte del Congreso, solo es posible durante el año siguiente a la declaración de emergencia.

(b) En las materias que los congresistas pueden tener iniciativa legislativa, el Congreso podrá ejercer en todo tiempo dicha facultad.

iv) Finalmente, estos decretos legislativos están sujetos a la prohibición de no desmejorar los derechos sociales de los trabajadores.”

para activar el sistema de controles y contrapesos interinstitucional, se dijo que el Consejo de Estado y los Tribunales administrativos controlarían “*Las medidas de carácter general*” i. “*que sean dictadas en ejercicio de la función administrativa*” y ii. “*como desarrollo de los decretos legislativos durante los Estados de Excepción*”, a través del **Control Inmediato de Legalidad**²⁴.

Y, obviamente, los demás medios de control abstractos quedaban intangibles.

Ocurrió que esta vez, ante la pavorosa pandemia derivada del impacto de la enfermedad del Covid-19 o popularmente “*coronavirus*”, los científicos sanitarios advirtieron que el contagio se daba por la interacción social, así que la mejor manera de parar o evitar la extensión de sus efectos era con el aislamiento social.

El aislamiento social -voluntario u obligatorio- trajo por consecuencia la suspensión de muchas actividades de la comunidad, de entre ellas, la administración de justicia; ello implicó la suspensión de términos judiciales, y en principio, el órgano que administra la prestación del servicio esencial de administración de justicia solo exceptuó la actividad protectora de los derechos fundamentales a través de la acción de tutela y del habeas corpus²⁵, -el sistema penal nunca se paralizó para los efectos de resolver peticiones de libertad-. Luego se amplió la excepción a los medios de control de Nulidad por inconstitucional y Nulidad²⁶ y en el día de nona, a casi toda la actividad judicial²⁷.

El almendrón del asunto.

- **Los procedimientos *ad hoc*, *ad referéndum* y el principio de legalidad de las normas procesales.**

Evidentemente que la expresión “*fusilen mientras llega la orden*” solo fue una anécdota propia de nuestra guerra de independencia y que, por supuesto, en un Estado Social y Democrático de Derecho, tal predicamento resulta abiertamente inconstitucional, como cuando inadvertidamente admitimos alguno controles inmediatos de legalidad sin percatar su improcedencia o rechazo.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Especial de Decisión n.º 19; Auto interlocutorio del 4 de mayo de 2020, Referencia: Control Inmediato de Legalidad, Radicación: 11001-03-15-000-2020-01567-00, Temas: - Naturaleza y control de los decretos legislativos expedidos en estado de emergencia. - Actos internos de la administración y medidas de carácter general ordenadas en ejercicio de la función administrativa en desarrollo de los estados de excepción. - El medio de control inmediato de legalidad a la luz de la tutela judicial efectiva en el marco del estado de emergencia por la enfermedad Covid-19. - Modificación de la jurisprudencia del despacho por el cambio normativo introducido por el Acuerdo PCSJA20-11546 del 25 de abril de 2020 del Consejo Superior de la Judicatura. - Características esenciales del medio de control inmediato de legalidad. - Decisión: Rechaza el control inmediato de legalidad. - Auto interlocutorio O-340-2020 1.

²⁴ Artículos 215 de la Carta, 20 de la Ley 137 de 1994, 136, 151-11 y 14- y 185 del C. de P.A. y de lo C.A. y de la **Sentencia No. C-179 de 94** de la Corte Constitucional.

²⁵ Consejo Superior de la Judicatura, Acuerdos Nos. PCSJA20-11517, PCSJA20-11518, PCSJA20-11519, PCSJA20-11521, PCSJA20-11526 de marzo de 2020, PCSJA20-11527, PCSJA20-11528, PCSJA20-11529 de 25 de marzo de 2020 y PCSJA20-11532 del 26 de abril del 2020.

²⁶ Consejo Superior de la Judicatura, Acuerdo No. PCSJA20-11532 del 26 de abril del 2020 y PCSJA20-11546 del pasado 25 de abril.

²⁷ C. S. de la J, A PCSJA20-11549 del 7 de mayo de 2020 “*Por medio del cual se prorroga la suspensión de términos, se amplían sus excepciones y se adoptan otras medidas por motivos de salubridad pública y fuerza mayor*”.

Sobre la competencia –entendida como medida de distribución entre las distintas autoridades que integran la Jurisdicción Especializada de lo Contencioso Administrativo-, debe decirse que se rige por los principios de

- i. legalidad -es determinada por la Ley-;
- ii. imperatividad, -no es derogable por la voluntad de las partes ni de las autoridades-;
- iii. inmodificabilidad -no se puede variar en el curso de un proceso; e
- iv. Indelegabilidad -no puede ser transferida por quien la detenta-.

Y las normas procesales son principios básicos de orden público que

- a. se fundan en interés general como elementos básicos en la configuración de la relación jurídico-procesal y
- b. es una condición precedente porque el Legislador determina cuál es el funcionario y a quién le corresponde conocer o resolver un asunto específico.

De lo cual se advierten dos premisas preliminares indelegables,

1. que se cumpla a cabalidad con el requisito del Juez habilitado de la jurisdicción administrativa -unipersonal o colegiado-; y
2. ante el órgano competente entre los anteriores, según el caso en concreto; y ello es tan preciso, que la competencia se adquiere de acuerdo con los factores:
 - a) **Factor Objetivo** -Relacionado con la materia u objeto del proceso y la cuantía-,
 - b) **Factor subjetivo** -Tiene que ver con la calidad de los sujetos de la relación jurídica-,
 - c) **Factor Territorial** - Por el lugar donde debe tramitarse el proceso-,
 - d) **Factor Funcional** -Atribución de funciones a Jueces de distintos grados dentro de un mismo proceso-,
 - e) **Factor de conexión** -el Juez adquiere competencia para conocer de acciones en las que puede haber co-responsabilidad-.

El tratamiento de las irregularidades procesales en punto a la competencia, se desface con las nulidades, de las cuales, mucho se sabe, el factor funcional es insaneable, lo mismo que la pretermisión íntegra de la instancia²⁸; en razón a ello, es necesario, liminarmente, determinar si la controversia que se somete a conocimiento del Juez administrativo es de su resorte o no, es un factor que si se resuelve de manera oportuna -en el auto admisorio del proceso, por ejemplo-, **o definitivamente antes de proyectar la sentencia**, evita costos a las partes y a los intervinientes y además genera ahorro en los tiempos procesales.

Cuando se ha seguido un proceso con alguna irregularidad, sin embargo, el **artículo 132 del C.G. del P.**, al regular el Control de legalidad, precisa que, *“Agotada cada etapa del proceso el juez deberá realizar control de legalidad para corregir o sanear los vicios que configuren nulidades u otras irregularidades del proceso, las cuales, salvo que se trate de hechos nuevos, no se podrán alegar en las etapas siguientes, ...”*.

La ponencia de la aclaro el voto, no obstante, coincide con mi pensamiento parcial de **declarar** la *“improcedencia del medio de control inmediato de legalidad”* en relación con el acto administrativo de la referencia.

Aclaro el voto porque los medios de control que el Estado ha puesto al servicio de la comunidad, en la perspectiva judicial, no pueden soslayarse; ciertamente que en el C. de P.A. y de lo C.A. se explica que el Juez le dé trámite a una demanda que se

²⁸ **C. G. del P.**, artículos 16, 136 -Par.- y 138.

presente sin atención a los parámetros rituales que rodean los medios de control, al que “*corresponda aunque el demandante haya indicado una vía procesal inadecuada*”²⁹; pero ello no puede hacer tránsito a una actividad judicial eficientista y so pretexto de darle efecto útil a la norma procesal que regula el **Control inmediato de legalidad** -artículo 185 Ib.-, pues las formas propias del juicios también son una garantía constitucional del debido proceso.

Es que una providencia judicial incurre en el defecto procedimental cuando el juez que la profiere desconoce, de manera absoluta, las formas del juicio³⁰, aclarando que dichas formas propias de cada juicio tienen la importancia necesaria para develar su trascendencia, no por sí mismas, sino como un medio para garantizar el debido proceso³¹.

Pero así explicada esa licencia judicial para acometer el estudio del Acto normativo de la referencia por esta inhóspita vía procesal, sin embargo no atraca en el puerto seguro de respeto a las formas propias del juicio.

Las facultades de los Jueces no se extienden hasta el punto de mutar las competencias de nuestra Jurisdicción Especializada de lo Contencioso Administrativo; más bien lo contrario, partiendo de la premisa indiscutida de que las medidas sanitarias adoptadas por el Jeje del Estado, el Jefe de Gobierno y Suprema autoridad administrativa -artículo 115 Superior- para conjurar la crisis evidente que dolorosa y fatalmente transcurrimos en tiempos del Sars-CoV-2, causante de lo que se conoce como la enfermedad del Covid-19 o popularmente “*coronavirus*”; **a.** no son las ordinarias de momentos de normalidad, época en la que el poder público contrae la perfecta extensión de las libertades públicas, entonces denominadas recurrentemente a sobrellevarse en un “*Estado social y democrático de derecho*”, **b.** la época presente impone conducir las con arreglo a un “*Estado de excepción*”, y ello es evidente porque **c.** reconozco que el Decreto legislativo 417 de 2020³² tiene todo el soporte científico, sanitario, antropológico y sociológico para proteger la especie, que supone su conformidad con la espantosa pandemia que vamos en trance de superar.

Mi reparo; no obstante, viene contra la argumentación jurídica cuando proclama que se dicta sentencia de **abstenerse** de pronunciarse a través del presente medio de control excepcional respecto de la legalidad del acto administrativo territorial;

²⁹ Artículo 171.

Por lo pronto; el procedimiento previsto en el artículo 185 del C. de P.A. y de lo C.A., hace alusión a un trámite especial, muy especial del medio de Control Inmediato de Legalidad, que por serlo, está rodeado de unas peculiaridades tan específicas que resulta asaz problemática pretermittirlas, so pretexto de dar alcance al libre acceso a la administración de justicia.

³⁰ **Sentencia T-531 de 2010**; Referencia: expediente T-2.404.454, Demandante: Luz Marina Gómez Jiménez, Demandado: Juzgado Tercero Civil Municipal de Montería y Juzgado Primero Civil del Circuito de Montería, Magistrado Ponente: GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO; Sentencia del 25 de junio de 2010.

³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Consejero ponente: JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ; Sentencia del 15 de noviembre de 2017, Radicación número: 54001-23-33-000-2013-00140-01 (22065), Actor: Colombia Móvil S.A. E.S.P., Demandado: Municipio de Ocaña (Santander), Auto.

³² Por medio del cual, el Presidente de la República “*con la firma de todos los ministros*”, decretó el “*Estado de Emergencia económico, social y ecológico*” en el territorio nacional y ordenó su promulgación, que se surtió en el Diario Oficial 51.259.

no es con sentencia que se desface el yerro, es con un Auto interlocutorio que declare la nulidad de lo actuado desde que se asumió el estudio de la referencia.

Por eso comparto la ponencia en cuanto determina, que la presente decisión no hace tránsito a cosa juzgada, lo que significa que contra el acto administrativo enviado para su revisión, procederán los medios de control pertinentes, atendiendo básicamente a que se destaca entonces que, aquellas actuaciones de la administración que no reglamentan o desarrollan la ley o la Constitución, de manera directa o indirecta, con carácter general y con efectos erga omnes, y tampoco constituyen la aplicación de la ley o de los reglamentos a un caso particular y concreto, son expresiones del ejercicio de la función administrativa que constituyen actos administrativos con carácter de policía administrativa -que regula la tranquilidad, seguridad, salubridad y moralidad-.

La legalidad de las decisiones normativas de la Administración municipal, NO son basadas en el Estado de excepción previsto en el artículo 215 Superior; y más allá, cuando a dicha decisión llega el Tribunal Administrativo del Tolima siguiendo el trámite del proceso previsto en el artículo 185 del C. de P.A. y de lo C.A. -creado para ejercer control judicial sobre medidas de carácter general, **i. "dictadas en ejercicio de la función administrativa", Y ii. "como desarrollo de los decretos legislativos durante los Estados de Excepción"**-.

Esto es, no decidió sobre la procedencia del Control Inmediato de Legalidad, tal y como fue contemplado en los artículos 215 de la Carta, 20 de la Ley 137 de 1994, 136, 151-14 y 185 del C. de P.A. y de lo C.A. y de la **Sentencia No. C-179 de 94**³³ de la Corte Constitucional, sino que adoptó un procedimiento *ad hoc*, para lo cual se sirvió, **a.** de una partecita del aludido artículo 185, **b.** en una mixtura ideal con otra partecita del medio de control de nulidad -artículo 137 Ib.-, creando así una norma terciaria para autohabilitar al Tribunal para fallar este asunto.

Lo correcto, procesalmente hablando, era declarar la nulidad de lo actuado.

No obstante, reclamo de mi parte que en un Estado Social y Democrático de Derecho no puede haber actuación pública no susceptible de control; para el caso de autos, si bien el Ejecutivo -más preciso es llamarlo la Administración- **puede y debe** adoptar medidas con base en argumentos de conveniencia y legalidad; el ejercicio de la función jurisdiccional en cambio, solo puede basar sus decisiones en consideraciones conformes con el ordenamiento, sin embargo, el *quid* del asunto acá pasa por establecer la aplicación evidente de la excepción de inconstitucionalidad de los Decretos 418, 420 y 457 de 2020.

Y, si se trata de un asunto claramente aceptado por todos en el sentido que la pavorosa emergencia tiene que ser afrontada con sólidas razones de constitucionalidad, obviamente debemos convenir que el instrumento adoptado por el Presidente y sus ministros en la noche del 17 marzo anterior, es un instrumento constitucionalmente admisible.

³³ Ref.: Expediente No. P.E. 002, Revisión constitucional del proyecto de ley estatutaria No. 91/92 Senado y 166/92 Cámara "Por la cual se regulan los estados de excepción en Colombia", Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ; Sentencia del 13 abril de 1994.

Entonces cabe reflexionar si toda la normativa dictada por el Ejecutivo -en sus tres cuerpos colegiados de Alto gobierno; esto es, **i. Gobierno, ii. Gobierno Nacional y iii. Presidente y sus ministros-** goza del mismo atributo de respaldo constitucional.

El juez, al expedir la sentencia, debe averiguar hasta dónde ha sido consciente de rituar sus asuntos de conformidad con los complejos laberintos que preceden a la decisión final; y obviamente, la competencia para dictar la sentencia es preliminar talanquera del bosquejo de dicha providencia.

Las formas propias del juicio son una prerrogativa abstracta que el legislador le dio al Juez para que este actúe como director y responsable del “proceso” y como “director del Despacho”, con el objeto de que pueda mantener incólume el principio de autoridad que le es esencial para el cumplimiento de sus funciones en cada caso en concreto, y con ello, vele por la concordancia y coherencia con el ordenamiento superior vigente; el ejercicio de los mismos está sujeto en todo a lo dispuesto en la Carta, que consagra el derecho fundamental al debido proceso en toda clase de actuaciones, sean éstas judiciales o administrativas; por tal menester “El Estado tiene la obligación de satisfacer el derecho de todos los ciudadanos de acceder a una justicia pronta y eficaz; para ello él mismo dota a ciertas y determinadas personas físicas de ese poder, el cual ejercen de manera autónoma e independiente, sujetas únicamente al imperio de la ley; dada la singularidad de las funciones encomendadas y la importancia de las mismas para la permanencia del Estado de Derecho, es pertinente aclarar, que se trata de una atribución que se otorga a cada una de esas personas en particular, no al poder judicial en abstracto, razón por la cual es válido afirmar que los jueces no integran dicho poder, sino que ellos mismos son el poder judicial, pues en ejercicio de sus funciones poseen la potestad jurisdiccional, la cual abarca las facultades necesarias para juzgar y hacer cumplir lo juzgado”³⁴.

En lontananza pues, la actuación inicial del Control Inmediato de Legalidad del Acto administrativo citado en la referencia, se apartó de los requisitos formales de los artículos 136, 151-14 y 185 del C. de P.A. y de lo C.A., por lo que el trámite de un asunto estrictamente regulado resulta desatinado; porque en modo alguno se le permite ni al Juez ni a las partes, obrar con una liberalidad tal que no se compadece con la organización procesal colombiana.

- Conclusiones.

Las prohibiciones tomadas por el Gobierno, o por sus agentes Departamental y Municipal en armonía, han sido adoptadas para salvaguardar la vida, la salud de cada uno de los miembros de su núcleo familiar y en general de la sociedad colombiana y tolimente -razones de conveniencia que no discuto-; sin embargo esas razones de hecho chocan con las premisas de un Estado Social y Democrático de Derecho en las que se debe soportar el actuar de la administración, es decir, la Constitución y la ley, además garantizando la prevalencia del interés general sobre el particular, sin que, *in pectore*, esto desnaturalice o signifique la vulneración de algunos de los derechos fundamentales.

Los Actos normativos de la referencia no lo son **dictados como desarrollo de los decretos legislativos dictado en los Estados de Excepción**, que es el elemento normativo del tipo previsto en los artículos 215 de la Carta, 20 de la Ley 137 de

³⁴ **Sentencia C-218/96** (Referencia: Expediente No. D-1114, Acción pública de inconstitucionalidad contra el numeral 2 del artículo 39 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el numeral 14 del artículo 1 del Decreto 2282 de 1989, Actor: Freddy A. Cifuentes-pantoja de Santa Cruz, Magistrado Ponente: Dr. FABIO MORÓN DÍAZ; Sentencia de Mayo 16 de 1996).

1994, 136, 151-14 y 185 del C. de P.A. y de lo C.A. y la **Sentencia No. C-179 de 94** de la Corte Constitucional, para ejercer el específico medio de control judicial de la referencia.

El C. de P.A. y de lo C.A. autoriza su control por los linderos de Nulidad por inconstitucional y Nulidad, no por acá.

Entonces y ante el avance procesal de un asunto tramitado oficiosamente como **Control Inmediato de Legalidad**, era pertinente declarar la nulidad de lo actuado y no proferir sentencia; reitero que por efectos prácticos y ahora si, por eficiencia, asumo la posición de la mayoría. En razón a ello, en lo sucesivo, **a.** aclararé el voto que acompaña la posición de la mayoría y **b.** elaboraré mis ponencias con idéntico propósito.

Con el profundo respeto por las mayorías.

José Andrés Rojas Villa
Magistrado