

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA

Magistrado ponente: Dr. CARLOS ARTURO MENDIETA RODRÍGUEZ

Ibagué, veintisiete (27) de mayo de dos mil veinte (20)

Referencia: CA-00009
Medio de control: CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD – ESTADO DE EXCEPCIÓN
Autoridad que emite acto: ALCALDE MUNICIPAL DE CASABIANCA - TOLIMA
Acto administrativo: Decreto 041 del 19 de marzo de 2020 *“Por medio del cual se adoptan unas medidas transitorias para garantizar el orden público en la jurisdicción de Casabianca, Tolima, en virtud de la emergencia sanitaria y calamidad pública decretada en el Departamento con ocasión del Coronavirus COVID-19”*.

Salvamento de voto Magistrado JOSÉ ANDRÉS ROJAS VILLA

Salvo el voto porque respetando profundamente las Mayorías; no dejo de entender:

Lo fáctico.

El Decreto número 041 del 19 de marzo de 2020, expedido por la Alcaldesa Municipal de Casabianca, no lo fue con fundamento en los Decretos legislativos dictados en el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica declarada por el Gobierno Nacional a través del Decreto 417 del 17 de marzo de 2020¹, ni es su desarrollo.

La jefe de la administración local y representante legal del municipio de Casabianca - Tolima, expidió *“medidas de carácter general”* así:

1.-) El Decreto 041² y su expedición se fundamentó en *“sus atribuciones Constitucionales, en especial las contenidas en los artículos 2º, 209 y 315, así como las legales, contenidas en la Ley 136 de 1994 modificada por la Ley 1551 de 2012, el artículo 202 de la Ley 1801 de 2016, demás disposiciones concordantes”* y en el artículo 44 de la ley 715 de 2011, el artículo 5 de la Ley 1751 de 2015, el artículo 12 de la Ley 1523 de 2012, el artículo 202 de la Ley 1801 de 2016, la Resolución No. 385 del 12 de marzo de 2020, *“Por la cual se declara la emergencia sanitaria por causa del Covid-19 y se adoptan medidas para hacer frente al virus”* del Ministerio de Salud y Protección Social, el Decreto No. 417 del 17 de marzo de 2020 por el cual se declaró el *“Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional”*, el Decreto No. 418 del 18 de marzo de 2020, el Decreto departamental No. 0305 del 19 de

¹ El Decreto 417 adopta o declara el **Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica**, pero claramente anuncia, apenas, que va a adoptar una serie de medidas.

² *“Por medio del cual se adoptan unas medidas transitorias para garantizar el orden público en la jurisdicción de Casabianca, Tolima, en virtud de la emergencia sanitaria y calamidad pública decretada en el departamento con ocasión del Coronavirus Covid-19”*.

marzo de 2020 del Gobernador Departamental del Tolima y el Decreto No. 420 del 18 de marzo de 2020.

Lo jurídico.

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”.

Éstos Decretos legislativos están encaminados a conjurar las crisis sociales causadas por “Guerra exterior”³, 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”⁴, 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”⁵.

La asunción de tareas legislativas por el Gobierno tiene dos controles básicos, **i.** el control político a cargo del Congreso de la República⁶, 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 laya, 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 legislativos⁷, en el ámbito de sus competencias; obviamente,

³ Artículo 212 de la Constitución Política de Colombia.

⁴ Artículo 213 Ib.

⁵ Artículo 215 Ib.

⁶ 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.

⁷ El Honorable Consejo en reciente providencia, 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.

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**⁸.

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 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 corpus⁹, -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 Nulidad¹⁰ y en el día de nona, a casi toda la actividad judicial¹¹.

Las normas procesales son de orden público, la competencia y la jurisdicción desbordada siempre son causales de nulidad de lo actuado en un proceso judicial - artículo 133 del C.G. del P.¹²-; nulidades que, por lo demás, son insaneables si afectan la función que se altera.

(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.”

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.

⁸ 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.

⁹ 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.

¹⁰ Consejo Superior de la Judicatura, Acuerdo No. PCSJA20-11532 del 26 de abril del 2020 y PCSJA20-11546 del pasado 25 de abril.

¹¹ 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*”.

¹² “**Artículo 133. Causales de nulidad.** El proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:

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.

Corolario chiquitico de lo hasta aquí dicho es que el medio de control judicial nominado **Control Inmediato de Legalidad**, solo es procedente para examinar “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”; nada más, pero también, nada menos.

El almendrán 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; así que la vigencia del Acuerdo PCSJA20-11546 del 25 de abril de 2020, no puede servir de acicate para dictar sentencia válida en esta causa, iniciada con el ostensible vicio de procedimiento de falta de competencia.

El Decreto expedidos por la burgomaestre de la referencia, por medio del cual se adoptan unas medidas transitorias para garantizar el orden público en su jurisdicción territorial, en virtud de la emergencia sanitaria y calamidad pública, se apoyó en la Resolución No. 385 del 12 de marzo de 2020¹³, en los Decretos 418¹⁴ y 420¹⁵ de 2020 y en el Decreto departamental No. 0305 del 19 de marzo de 2020 del Gobernador del Tolima; que a su vez, fueron expedidos con ocasión del coronavirus Covid-19. Estos actos administrativos, se itera, no fueron medidas generales **i. “dictadas en ejercicio de la función administrativa”, ni ii. “como desarrollo de los decretos legislativos durante los Estados de Excepción”, sino en virtud de otra clase de normativa.**

La ponencia de la que me aparto, no obstante, coincide con mi pensamiento, “De esta manera, es patente que el Decreto 041 del 19 de marzo de 2020 expedido por la Alcaldesa municipal de Casabianca no tiene relación formal o material con el Decreto 417 de 17 de marzo de 2020 expedido por el Gobierno Nacional, y mucho menos desarrolla o reglamenta un Decreto Legislativo proferido en el marco del Estado de Excepción, sino que expresamente el Decreto se refiere a facultades ordinarias de la autoridad municipal en

1. Cuando el juez actúe en el proceso después de declarar la falta de jurisdicción **o de competencia...**”.

¹³ “Por la cual se declara la emergencia sanitaria por causa del Covid-19 y se adoptan medidas para hacer frente al virus” del Ministerio de Salud y Protección Social.

¹⁴ (Marzo 18) “Por el cual se dictan medidas transitorias para expedir normas en materia de orden público”, expedido por el Gobierno, “En ejercicio de las facultades Constitucionales y legales en especial las que le confiere el numeral 4 del artículo 189, el artículo 315 de la Constitución Política de Colombia y el artículo 199 de la Ley 1801 de 2016”.

¹⁵ (Marzo 18) [Derogado por el art. 8, Decreto Nacional 457 de 2020](#). “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”, expedido por el Gobierno, “en ejercicio de las facultades Constitucionales y legales en especial las que le confiere el numeral 4 del artículo 189, los artículos 303 y 315 de la Constitución Política de Colombia y el artículo 199 de la Ley 1801 de 2016, en concordancia con el Decreto 418 de 2020”.

conurrencia con el gobierno departamental y nacional y al desarrollo de medidas para la emergencia sanitaria decretada por el Ministerio de Salud y Protección en la citada Resolución 385 del 12 de marzo de 2020, que no puede confundirse con la declaratoria del Estado de Excepción.”.

Salvo 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 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”*¹⁶; pero ello no puede hacer tránsito a una actividad judicial eficientista, 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 juicio¹⁷, 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 proceso¹⁸.

Pero así explicada esa licencia judicial para acometer el estudio del Decreto 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”*, **c.** y ello es evidente porque reconozco que el Decreto legislativo 417 de 2020¹⁹ tiene todo el soporte científico, sanitario, antropológico y

¹⁶ Artículo 171.

Por lo pronto; el trámite 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 pretermitirlas, so pretexto de dar alcance al precepto de libre acceso a la administración de justicia.

¹⁷ 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.

¹⁸ 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.

¹⁹ 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.

sociológico para proteger la especie y suponen 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 “**DECLARAR improcedente el control inmediato de legalidad frente al Decreto 041 del 19 de marzo de 2020, expedido por la Alcaldesa Municipal de Casabianca, conforme lo expuesto en parte considerativa de esta providencia.**”; 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, “*La presente decisión no hace tránsito a cosa juzgada, lo que significa que contra el aludido acto administrativo general, procederán los medios de control ordinarios pertinentes, conforme lo dispuesto en la Ley 1437 de 2011 y demás disposiciones concordantes.*”.

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**²⁰ 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 y 420 de 18 de marzo de 2020²¹.

²⁰ 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.

²¹ (Marzo 18) “*Por el cual se dictan medidas transitorias para expedir normas en materia de orden público*”, que se dictó ejerciendo “*las facultades Constitucionales y legales en especial las que le confiere el numeral 4 del artículo 189, el artículo 315 de la Constitución Política de Colombia y el artículo 199 de la Ley 1801 de 2016*”, y en otros contenidos normativos.

(Marzo 18) [Derogado por el art. 8, Decreto Nacional 457 de 2020.](#) “*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*”, expedido por el Gobierno, “*en ejercicio de las facultades Constitucionales y legales en especial las que le confiere el numeral 4 del artículo 189, los artículos 303 y 315 de la Constitución Política de Colombia y el artículo 199 de la Ley 1801 de 2016, en concordancia con el Decreto 418 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.

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.

- 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 tolimense -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 decretos de la referencia no son actos administrativos **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 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**, es pertinente declarar la nulidad de lo actuado y no proferir sentencia.

Con el profundo respeto por las mayorías.

José Andrés Rojas Villa
Magistrado