

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA SALA PLENA

Bogotá D.C., once (11) de mayo de dos mil veinte (2020)

SALVAMENTO DE VOTO: AMPARO OVIEDO PINTO

Referencias:

Expediente No. 25000-23-15-000-2020-00295-00

Entidad remitente: Municipio de Quebradanegra

Naturaleza del asunto: Control Inmediato de Legalidad

PONENTE: CERVELEON PADILLA LINARES

Con el respeto que merece la sala mayoritaria del Tribunal, me permito manifestar que me aparto de la decisión por las razones que paso a exponer, a partir de interpretar la naturaleza del control inmediato de legalidad que en mi sentir, nos corresponde, para examinar los actos expedidos por autoridades y entidades territoriales, tal como expuse en la ponencia que fue derrotada:

1.-Naturaleza jurídica y rasgos distintivos del control inmediato de legalidad de los actos de entidades territoriales

La naturaleza del control inmediato de legalidad -CIL-, emana de la propia Carta, los instrumentos internacionales, la norma sustantiva que consagra la Ley estatutaria de los estados de excepción y la revisión de constitucionalidad que hizo la Corte Constitucional mediante sentencia C-179 de 1994, sobre el proyecto de ley estatutaria 137 de 1994. De allí se desentrañan los rasgos distintivos de este control -CIL- y su razón de ser que orientan el examen de los actos de las entidades territoriales.

El control inmediato de legalidad en general, fue concebido en el ordenamiento interno, a partir de la regla general de independencia judicial consagrada en el artículo 228 constitucional, desarrollado en la ley estatutaria de los estados de excepción, ley 137 de 1994, reiterada en el artículo 136 del CPACA. Para

la efectividad de la medida, se dispuso la instrumentación procesal en el artículo 185 de la ley 1437 de 2011 (CPACA).

La Ley 137 fue objeto de examen de constitucionalidad por la Corte Constitucional en la sentencia C- 179 de 1994, y en ella hace referencia a la relación de conexidad que deben guardar todas las medidas que se dicten durante los estados de excepción, con las causas que motivaron la declaratoria:

*“La debida relación de conexidad que deben guardar las medidas que se dicten durante los estados de excepción con las causas que originaron la declaración del mismo, **es un requisito constitucional de ineludible cumplimiento**. Por tanto, las normas que se expidan deben estar dirigidas, en forma expresa y directa, a combatir los acontecimientos perturbadores de la paz, el sosiego y la tranquilidad ciudadana, eventos que dieron origen a la legalidad extraordinaria, y con el fin exclusivo de restablecer el orden perturbado. Si los decretos legislativos que expida el Presidente de la República durante los estados excepcionales, no guardan ninguna relación con las causas que llevaron a su implantación, ni están destinados a conjurar la crisis que los motivó, ni a contrarrestar el orden perturbado, con el fin de restablecer la normalidad, que es el permanente deber del Gobierno, dichos decretos serán declarados inexecutable por exceder los límites constitucionales”.*

Como su nombre lo indica, el CIL es un instrumento jurídico célere y expedito, procede de oficio o por remisión de la autoridad territorial, para el control de los actos administrativos de carácter general que expidan entidades y autoridades territoriales en desarrollo de los decretos legislativos del Gobierno Nacional, dictados durante los estados de excepción.

Responde este control al papel de la justicia garante del principio de separación de poderes propio del Estado constitucional y democrático de derecho, a la efectividad del principio de legalidad al que está sometida la administración pública y sin duda es el freno al abuso del poder en situaciones excepcionales. Este tipo de control, en voz de la Corte Constitucional *“constituye una limitación al poder de las autoridades administrativas, y es medida eficaz con la cual se busca impedir la aplicación de normas ilegales”*¹.

Bajo esta perspectiva, el CIL, sobre los actos de las entidades y autoridades territoriales, tampoco puede reducirse a la comparación del acto con el decreto

¹ Corte Constitucional. C- 179 de 1994. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

legislativo que estrictamente desarrolla, sea o no citado en el acto que expide la entidad o autoridad territorial que en todo caso llevará al examen material de dichos desarrollos legislativos. Aquel, a su vez, ha tenido un fundamento constitucional que está obligado a observar y al que sin duda ha de remitirse e interpretar la autoridad territorial. En su cuerpo regulatorio, dadas las particularidades de cada nivel seccional o local, podría tocar de manera distinta las medidas de protección o restricción, con impacto sobre los derechos fundamentales o demás derechos constitucionalmente protegidos.

En efecto, en los desarrollos locales, cuando sean necesarias y pertinentes, las autoridades territoriales tienen que efectivizar las medidas nacionales de protección en su respectivo territorio, por razones de la emergencia social, económica y ecológica como es la adoptada en este caso; y, dar alcance a la situación excepcional considerada.

A su vez, tal acto, no puede sobrepasar las reglas constitucionales de protección de los derechos, pese a las circunstancias particulares del estado de excepción y no obstante los decretos legislativos que lo desarrollan, porque aquellos tienen la misma exigencia de guardar conexidad con el estado de excepción.

Bajo este horizonte comprensivo, tales actos han de salvaguardar los derechos de todas las personas, su seguridad y el funcionamiento de las instituciones públicas cuyo papel es el de ser garante de los derechos. No escapa entonces, a nuestro examen, el juicio valorativo de la situación de perturbación basado en la necesidad de la medida, el fin que persigue y las reglas acogidas, bajo el entendido que aquellas deben guardar correspondencia, ser acordes y proporcionales a la situación que ameritó el decreto del estado de excepción, como orienta la Corte de manera general para este tipo de control de naturaleza excepcional.

Pero en todo caso, los actos administrativos de las autoridades territoriales deben guardar fidelidad a ese “pacto de convivencia” que es la Constitución

Política como diría Ferrajoli². Para nuestro medio, la Carta de 1991 fue expedida para este país multicultural y diverso; y en esos espacios geográfico-administrativos seccionales y locales, con sus particularidades sociales, económicas, multiculturales, ambientales, políticas y diversas, es donde opera el pacto que nos rige y donde se dictan los actos en los estados de excepción que ahora nos corresponde controlar. Así que, no hay, en estricto sentido, reglas de interpretación homogéneas en la aplicación de las medidas excepcionales, ni el control ejercido en el nivel nacional, dicta de forma unívoca el alcance de todo CIL. Se ha de consultar la realidad regional, seccional y local, su contexto histórico que motiva también los actos de sus autoridades, marcadas por la autonomía territorial que ha de ejercerse en los precisos términos constitucionales y legales, sin rebasar sus límites.

En el control que corresponde a este Tribunal bajo el principio de sujeción del ordenamiento a las normas constitucionales y legales, hemos de hacer el juicio de valor que se infiere de esos principios morales que obligan a la sujeción a los principios constitucionales que no se pueden soslayar. Y va en ello la ética sustancial para determinar, en el caso concreto, la sujeción de los actos al ordenamiento, dentro del límite impuesto por los derechos reconocidos en la Carta y el derecho supranacional, tanto como la regulación que respete la formalidad establecida, como la materia que se desarrolla según las distintas competencias.

Luego entonces, pese a que, a su turno, los decretos legislativos dictados durante los estados de excepción y el propio decreto del estado de excepción por emergencia económica, social y ecológica, tienen su medio de control natural por la Corte Constitucional, y los actos administrativos que los desarrollan expedidos por el mismo gobierno y las autoridades nacionales, son objeto de CIL por el Consejo de Estado que tiene nutrida jurisprudencia sobre el alcance del control en el nivel nacional, también lo es que este control es y debe ser un control que lleva implícita la confrontación del acto con las propias normas constitucionales que permitieron la declaratoria de los estados

² Ferrajoli, Luigi. Sobre los derechos Fundamentales. Revista Cuestiones Constitucionales, num. 15. Julio a diciembre, 2006. "Las Constituciones son pactos de convivencia, tanto más necesarios y justificados, cuanto más heterogéneos y conflictuales son las subjetividades políticas, culturales y sociales que están llamadas a garantizar".

de excepción (artículos 212 a 215 de la Constitución Política) cuando, por la materia, sea obligatorio el pronunciamiento; esa confrontación necesariamente opera bajo las reglas de la ley estatutaria de los estados de excepción (Ley 137 de 1994) y los decretos legislativos expedidos por el Gobierno Nacional con los cuales deben guardar correspondencia los actos territoriales. En ese examen, estará explícita la referencia necesaria a la concordancia de tales decretos legislativos con las anteriores disposiciones, en las materias de que tratan los actos territoriales.

La decisión del Tribunal cuando ejerce el CIL, resulta independiente a los demás controles previstos en los distintos medios procesales para examinar la legalidad de los actos, en los aspectos que no se juzguen a través de esta medida excepcional e inmediata; misma razón que lleva a señalar que la decisión también hace tránsito a cosa juzgada solo en la materia estrictamente decidida por el Tribunal, en los precisos términos de las disposiciones regulatorias. Este aspecto es tema pacífico en la jurisprudencia del Consejo de Estado³, aplicable para el CIL de actos de origen territorial.

De estas disposiciones se extracta sin dificultad que este medio de control excepcional e inmediato de legalidad solo es procedente para examinar los actos administrativos dictados en ese contexto de estados de excepción, que sean de contenido general, proferidos por las autoridades territoriales en ejercicio de sus funciones netamente administrativas. Entre ellos no se cuentan los dictados por las mismas autoridades territoriales en ejercicio de las funciones de policía de las que disponen, en concordancia con la estructura jerárquica nacional de autoridad policiva atribuida al Ejecutivo en el nivel nacional, seccional y local, y que están encaminadas a paliar situaciones de la misma naturaleza policiva, así se funden en razones del propio estado de excepción.

Tampoco son objeto de control aquellos actos anteriores en el tiempo a la declaratoria del propio estado de excepción; o, que versen sobre materias

³Consejo de Estado, sentencia del 23 de noviembre de 2010, expediente No. 11001-03-15-000-2010-00196-00. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 9 de diciembre de 2009, C.P. Enrique Gil Botero, número único de radicación 11001-03-15-000-2009-00732-00. Reiteración jurisprudencial. Sentencia del veintiséis (26) de septiembre de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 11001-03-24-000-2010-00279-00

para las que disponen de autorización legal que autoriza el ejercicio de ciertas competencias autónomas.

2. El acto objeto de control inmediato de legalidad

Como se ha dicho en la providencia el acto objeto de control es el decreto No. 023, *“POR EL CUAL SE DECLARA LA SITUACIÓN DE CALAMIDAD PÚBLICA EN EL MUNICIPIO DE QUEBRADANEGRA Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES”*, expedido el 22 de marzo de 2020, por el Alcalde Municipal de Quebradanegra.

En este acto, se adoptan precisas medidas administrativas de carácter general durante el estado de excepción por emergencia económica, social y ecológica decretada por el Gobierno nacional mediante decreto 417 del 17 de marzo de 2020, con fundamento en lo previsto en el artículo 215 de la Constitución Política y por tanto, materialmente objeto de control.

Las medidas administrativas son las siguientes:

- 1.- Declaró la situación de calamidad pública en la jurisdicción de su municipio, como medida administrativa frente a la expansión del COVID – 19, necesaria para *“adelantar las acciones tendientes a la oportuna respuesta frente al grave fenómeno de salud pública”*.
- 2.- Dispuso que el Consejo Municipal de Gestión del Riesgo de Desastres sesionará de manera extraordinaria para elaborar el Plan de Acción Específico frente al fenómeno del COVID – 19 y que *“Dichas acciones seguirán los lineamientos fijados por los Gobiernos Nacional y Departamental y sus respectivos Consejos de Gestión del Riesgo, coordinando en todo caso las acciones a seguir”*.
- 3.- Ordenó que se aplicará en el municipio el régimen normativo especial previsto para las situaciones de calamidad pública contemplado en los artículos 65 y siguientes de la ley 1523 de 2012, *“Por la cual se adopta la política nacional de gestión del riesgo de desastres y se establece el Sistema*

Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres y se dictan otras disposiciones”, sobre medidas especiales de contratación.

4.- Convocó a la participación solidaria de las diferentes entidades del orden municipal, departamental y nacional para mitigar la situación de salud pública que se presenta.

5.- Definió como “persona damnificada” aquellas que *“sufran grave daño directamente asociado al brote de enfermedad por coronavirus (COVID-19), por afectación en su salud, o muerte de algún integrante del núcleo familiar. Las mismas deberán estar certificadas como tales por el Consejo Municipal de Gestión del Riesgo de Desastres.”*

6.- Definió como “persona afectada” aquellas que *“sufren efectos adversos indirectos o secundarios, asociados al brote de enfermedad por coronavirus (COVID-19) en el territorio municipal, como deficiencias en la prestación de servicios públicos, en el normal desarrollo del comercio o en el trabajo, así como por aislamiento temporal de la población, entre otros. Son personas diferentes a damnificados”.*

7.- Autorizó a la administración municipal, en caso de ser necesario, para realizar los traslados presupuestales a que haya lugar, para atender la situación de calamidad pública.

8.- Ordenó que las medidas administrativas, lineamientos y recomendaciones adoptadas mediante decretos 019 y 022 de marzo de 2020 seguirán vigentes.

9.- Ordenó la remisión del decreto al Ministerio del Interior, a la Gobernación de Cundinamarca, a la Contraloría General de la República y a las entidades pertenecientes al Sistema Nacional y Departamental de Gestión del Riesgo, para lo de su cargo.

10.- Estableció que el decreto rige a partir de su publicación y por el término de 6 meses, prorrogables por el mismo periodo, una vez se evalúe el

respectivo Plan de Acción Específico y previo al concepto favorable del Consejo Municipal de Gestión del Riesgo de Desastres.

Claro es entonces que según parte de su contenido, el decreto se profiere dentro de la situación de emergencia social, económica y ecológica que dio lugar a la declaratoria del estado de excepción y pese a que las medidas adoptadas, parten de una principal que es la declaratoria **de calamidad pública** en la jurisdicción del municipio, para lo que invocó normas ordinarias, claro es que las regulaciones a partir de la génesis que es el estado de emergencia económica, social y ecológica, debía consultar las reglas propias del estado de excepción, y por tanto se debió camino al examen material del decreto, para definir si se ajustaba o no al ordenamiento.

No comparto la improcedencia decretada, que equivale a dejar en el ordenamiento esta regulación excepcional, que en estricto sentido se funda en las razones del estado de excepción, y por ello debía seguir tal regulación bajo las reglas del artículo 215 constitucional, que difiere de las atribuciones y regulación del sistema de prevención de riesgos y desastres. Este último de distinta naturaleza, fines y propósitos para la adopción de políticas públicas permanentes que permitan evitar desastres de distinta naturaleza en la entidad territorial. Todo aspecto referido a las distintas materias que se atrevió a regular, debía ceñirse a los decretos legislativos.

Para disponer medidas administrativas atinentes a la contratación, era imperativo observar estrictamente el **decreto No. 440 del 20 de marzo de 2020**, *"Por el cual se adoptan medidas de urgencia en materia de contratación estatal, con ocasión del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica derivada de la Pandemia COVID-19"*, porque es esa la regla excepcional dentro del estado de emergencia social, económica y ecológica dentro de la que se enmarca la disposición general de declarar un estado de excepción por la pandemia, pero no tomar como égida el estado de calamidad pública que está regulado de manera distinta en la ley 1523 de 2012, como queda visto.

Nótese que el artículo 7° del decreto legislativo, señaló que con ocasión de la declaratoria de estado de emergencia económica, social y ecológica, en los términos del artículo 42 de la ley 80 de 1993, se entenderá comprobado el hecho que da lugar a declarar la urgencia manifiesta por parte de las entidades estatales para la contratación directa del suministro de bienes, la prestación de servicios o la ejecución de obras en el inmediato futuro, con el objetivo de prevenir, contener y mitigar los efectos de la Pandemia del coronavirus COVID-19, así como para realizar las labores necesarias para optimizar el flujo de los recursos al interior del sistema de salud.

Además, que las actuaciones contractuales adelantadas con fundamento en la urgencia manifiesta se regirán por la normatividad vigente y que, con el mismo propósito, las entidades excluidas de la ley 80 de 1993 podrán contratar de manera directa esta clase de bienes y servicios.

Gravitan en la regulación aspecto que riñen con el ordenamiento constitucional, como los conceptos de “persona damnificada” y “persona afectada”; ninguno de los decretos legislativos que han regulado el estado de emergencia económica, social y ecológica contempla estas definiciones, por lo que el municipio se arroga la competencia de diferenciación y clasificación de las personas, por fuera del marco de que tratan los decretos legislativos dictados por el Gobierno Nacional dentro del estado de emergencia declarado que dista diametralmente de las situaciones reguladas y que se presentan en la atención de riesgos, desastres y calamidades públicas, donde puede recurrirse a determinar tales categorías de damnificadas o afectadas.

Por demás tal categorización da lugar a apreciaciones subjetivas de la diferenciación intentada en la definición, lo que ubica en plano de desigualdad a las personas según la ubicación de grupo que pueda intentarse. En efecto, la determinación de si una persona es “damnificada” será calificada por el Consejo Municipal de Gestión del Riesgo de Desastres, en tanto las “afectadas” no. Hay allí una clara vulneración del derecho a trato igual previsto en el artículo 13 constitucional que puede dar lugar a discriminación;

y en todo caso, la definición en sí misma no es coherente con el tratamiento nacional dispuesto en general por las reglas del estado de excepción.

En efecto, los hechos que dieron lugar al Gobierno Nacional para declarar el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional, tienen que ver con un brote catalogado por la OMS como emergencia de salud pública de importancia internacional, declarado posteriormente como pandemia, esencialmente por la velocidad de su propagación y la escala de transmisión; hecho por el que la misma OMS considera al COVID-19, como una emergencia sanitaria y social mundial; y en este escenario, no cabe hablar de “damnificados” y “afectados”, menos bajo criterios subjetivos que distan de la tutela de derechos que corresponde a las autoridades en el estado constitucional que nos rige.

De otra parte, y en punto al **artículo 7°** del decreto objeto de estudio, debe señalarse que toda medida que autoriza realizar traslados presupuestales debe ceñirse al decreto legislativo **No. 461 del 22 de marzo de 2020**, *“Por medio del cual se autoriza temporalmente a los gobernadores y alcaldes para la reorientación de rentas y la reducción de tarifas de impuestos territoriales, en el marco de la Emergencia Económica, Social y Ecológica declarada mediante el Decreto 417 de 2020”*.

Lo anterior, en atención a que el artículo 1° de ese decreto legislativo facultó a los gobernadores y alcaldes para que reorienten las rentas de destinación específica de sus entidades territoriales, con el fin de llevar a cabo las acciones necesarias para hacer frente a las causas que motivaron la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, en el marco de lo dispuesto en el Decreto 417 de 2020.

Igualmente dispuso que, para la reorientación de recursos por la emergencia sanitaria, no sería necesaria la autorización de las asambleas departamentales o consejo municipales y facultó a los gobernadores y alcaldes para realizar las adiciones, modificaciones, traslados y demás operaciones presupuestales a que haya lugar.

No hay duda entonces, que las medidas administrativas de carácter general esencial y materialmente debían fundarse en los decretos legislativos citados. La concordancia que se haga con la normativa ordinaria para las situaciones de atender los riesgos de desastres, no puede apartarse de las disposiciones puntuales para atender esta emergencia social, económica y ecológica decretada excepcionalmente por la pandemia debida al Covid-19, que fija la ruta de acción a las autoridades territoriales.

Y las anteriores premisas normativas para efectos de este control son imperativas, porque recuérdese que la ley 1523 de 2012 reguló lo atinente a la gestión del riesgo de desastres, como un *“proceso social orientado a la formulación, ejecución, seguimiento y evaluación de políticas, estrategias, planes, programas, regulaciones, instrumentos, **medidas y acciones permanentes** para el conocimiento y la reducción del riesgo y para el manejo de desastres, con el propósito explícito de contribuir a la seguridad, el bienestar, la calidad de vida de las personas y al desarrollo sostenible”* (destaca la Sala). Luego entonces, toda atención de calamidad, se ha de inscribir en ese propósito general y política pública allí definida, en cambio las medidas administrativas generales en desarrollo del estado de emergencia social, económica y ecológica deben ser de corte temporal y proferidas bajo la consideración de esa situación excepcionalísima, siguiendo los parámetros de los actos legislativos que desarrollan la materia específica que amerita regulación en el orden local o seccional y que marca la ruta de la responsabilidad administrativa por los actos expedidos.

Ahora bien, en cuanto al **artículo 10°** del decreto objeto de estudio, y que extendió las medidas allí adoptadas por el término de 6 meses, prorrogables por igual término, una vez se evalúe el respectivo Plan de Acción Específico y previo al concepto favorable del Consejo Municipal de Gestión del Riesgo de Desastres, ha de señalarse que es competencia exclusiva del Gobierno Nacional establecer la duración de estas medidas. Estas, sólo pueden surtir efectos mientras se mantenga la situación fáctica y jurídica que las originó, o sea mientras dure la situación de emergencia económica, social y ecológica que tiene un preciso término constitucional.

Por demás, el estado de excepción obligó a prescribir aspectos que tienen que ver con la protección de los derechos, en especial a la salud de manera universal, entendido en obediencia al principio constitucional de garantía de una vida digna, pero también a plantear en términos coherentes medidas transitorias atípicas, que no definitivas o de larga duración como lo son ciertas políticas públicas que en esencia describen objetivos como dice Dworkin⁴. De modo que no se puede confundir la adopción de esas políticas públicas de corte permanente, que marcan objetivos que estimulan a largo plazo beneficios, so pretexto de la protección de derechos en una determinada situación como la que se trata de paliar ahora.

En suma, la ley 1523 de 2012, describe objetivos de largo plazo, es decir, adopta la política pública nacional de gestión del riesgo de desastres, y establece todo un sistema nacional en idéntico propósito. Por lo tanto, sus regulaciones tienen un objetivo y fines distintos, nítidamente definidos, que distan, se insiste a la regulación del estado de excepción en estudio.

Como sistema nacional, abarca el conjunto de entidades públicas, privadas y comunitarias, de políticas, normas, procesos, recursos, planes, estrategias, instrumentos, mecanismos, que no se aplican cuando se le ocurra a la entidad territorial, sino de manera organizada para garantizar la gestión del riesgo en el país⁵. Y como sistema el artículo 9º de esa Ley, prevé unas instancias de dirección:

1. El Presidente de la República.
2. El Director de la Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastre.
3. El Gobernador en su respectiva jurisdicción.
4. El Alcalde distrital o municipal en su respectiva jurisdicción.

En esta perspectiva, el Presidente de la República como jefe de gobierno y suprema autoridad administrativa, está investido de las competencias constitucionales y legales para efectos de conservar la seguridad, la

⁴ DWORKIN, Ronal. Los derechos en serio. Editorial Ariel, S.A. Barcelona. Pág.158.

⁵ Artículo 5.

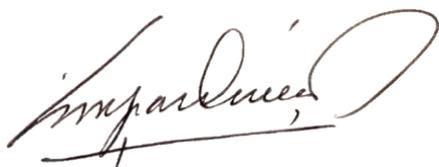
tranquilidad y la salubridad en todo el territorio nacional⁶, aún sin que se haya declarado el estado de excepción.

En este caso, que se examina, el Presidente, no ha actuado bajo estas atribuciones particulares regulatorias de esta ley y no ha declarado la calamidad pública, que tiene un fin distinto como dispone esta regulación ordinaria.

En conclusión, la declaratoria de calamidad pública, hecha por el Alcalde de Quebradanegra al margen de las razones que llevaron al presidente de la República a declarar el estado de excepción, riñe con esa ley excepcional y los decretos legislativos que debían observarse para establecer precisas medidas administrativas, como se ha visto; tales decretos-leyes tienen una regulación específica y se aplican de manera temporal. So pretexto del estado de excepción no podía declararse el estado de calamidad pública que le abrió camino para tomar decisiones administrativas propias de un estado calamitoso que no ha sido declarado nacionalmente.

Considero, en suma que el decreto, no solo debía examinarse de fondo en estos aspectos puntuales, sino que en tanto aquel no guarda la relación de conexidad que deben guardar todas las medidas administrativas de carácter general que se dicten por las autoridades territoriales durante los estados de excepción, con las causas que motivaron esa declaratoria excepcional, debía anularse parcialmente y solo abstenerse de ejercer el control sobre las medidas policivas.

Fecha ut supra.



AMPARO OVIEDO PINTO

⁶ Artículo 10.