



## CONSEJO DE ESTADO

### SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

#### SALA ESPECIAL DE DECISIÓN n.º. 26

Consejero ponente: **GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE**

Bogotá, D.C., 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**

DECRETO DE AISLAMIENTO OBLIGATORIO PREVENTIVO POR COVID-19-Carácter ordinario. CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD-El Consejo de Estado solo conoce de los actos administrativos de las autoridades nacionales proferidos en desarrollo de decretos legislativos. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA-Institución que requiere desarrollo legal, la mayoría de las veces a través de los códigos procesales. DECRETO 457/20-Como no desarrolla un decreto legislativo no está sujeto al control inmediato de legalidad, pero sí es susceptible de la acción de nulidad. MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD-Procede para que cualquier persona defienda el ordenamiento jurídico presuntamente trasgredido por un acto administrativo. MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD-En su trámite procede la solicitud de medidas cautelares. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD VINCULA A LOS JUECES-Los jueces no pueden ejercer competencias que no tienen.

El 22 de marzo de 2020, la Nación-Ministerio del Interior expidió el Decreto n.º. 457 que dispuso un “aislamiento obligatorio preventivo” entre el 25 de marzo y el 13 de abril de 2020, impartió unas instrucciones a los gobernadores y alcaldes, estableció unas excepciones, permitió la prestación del servicio de transporte en algunas modalidades, suspendió el servicio de transporte aéreo nacional de pasajeros, prohibió la venta de bebidas alcohólicas para consumo en establecimientos de comercio y advirtió sobre las sanciones por el incumplimiento de la medida. El gobierno invocó las facultades previstas en los artículos 189.4, 303, 315 CN y 199 de la Ley 1801 de 2016. El acto adujo en su motivación que buscaba garantizar la salubridad de la población en el marco de la emergencia sanitaria, declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, mediante la Resolución n.º. 385 del 12 de marzo de 2020, a raíz de la pandemia del COVID-19. El 15 de junio de 2020, el Consejo de Estado **aprehendió oficiosamente** el conocimiento del control inmediato de legalidad del decreto, de conformidad con el artículo 136 CPACA. El asunto se sometió a **reparto** y la Secretaría General de la Corporación lo **pasó a Despacho** en la fecha siguiente.



1. El artículo 185 del CPACA establece que cuando el Consejo de Estado recibe de la autoridad el acto sujeto al control, o si se aprehende de oficio el acto, este se reparte entre los magistrados que integran la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo para surtir el trámite y presentar el proyecto de fallo. En sesión n°. 10 del 1 de abril de 2020, la Sala encomendó a las Salas Especiales de Decisión el conocimiento de estos asuntos, de conformidad con los artículos 107.3 y 111.8 del CPACA y del artículo 29.3 del Acuerdo 80 de 2019 (Reglamento de la Corporación). Como la sustanciación del control inmediato de legalidad corresponde al magistrado ponente, previo a avocar el conocimiento, debe verificar si el acto que remite la autoridad o que se aprehende de oficio se ajusta a los supuestos del artículo 20 de la Ley 137 de 1994.

2. El Consejo de Estado es juez de la Administración y guardián de la legalidad, según los artículos 237, 238 CN y 104 del CPACA. Tribunal supremo de una jurisdicción que tiene a su cargo la fiscalización de los actos administrativos, es decir, de las declaraciones unilaterales que se expidan en ejercicio de una función administrativa, que produzcan efectos por sí mismas y sean vinculantes. El sometimiento del ejecutivo al orden jurídico se ejerce a través de medios de control que ha previsto la ley para lograr la sumisión de la actividad administración a la ley.

Al efecto, el legislador de tiempo atrás previó el contencioso de anulación, de simple legalidad o contencioso objetivo de nulidad, que faculta a cualquier persona para pedir la anulación de un acto y el restablecimiento de la legalidad. Por excepción, la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción atribuyó a esta jurisdicción el control oficioso de la actividad administrativa para asegurar su regularidad.

Así, el artículo 20 de la Ley 137 de 1994, retomado por el artículo 136 del CPACA, prevé que las medidas de carácter general dictadas en ejercicio de la función administrativa, como desarrollo de los decretos legislativos durante los estados de excepción, tendrán un control inmediato de legalidad a cargo de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. El Consejo de Estado ejerce el control de las



medidas expedidas por las autoridades administrativas nacionales, en cumplimiento del artículo 237 CN, para impedir la aplicación de normas ilegales y limitar el poder de esas autoridades durante el período de excepción<sup>1</sup>.

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 reiterada<sup>2</sup>. 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 nulidad<sup>3</sup>.

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

<sup>1</sup> Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-179 de 1994 [fundamento jurídico f, artículo 20].

<sup>2</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sala Especial de Decisión n°. 26, auto del 15 de abril de 2020, Rad. n°. 11001-03-15-000-2020-01062-00 [fundamento jurídico 4]; Sala Especial de Decisión n°. 8, auto del 24 de abril de 2020, Rad. n°. 11001-03-15-000-2020-00973-00 [fundamento jurídico 3.3]; Sala Especial de Decisión n°. 16, auto del 28 de abril de 2020, Rad. n°. 11001-03-15-000-2020-01287-00 [fundamento jurídico 2.3] y Sala Especial de Decisión n°. 18, auto del 9 de junio de 2020, Rad. n°. 11001-03-15-000-2020-02297-00 [fundamento jurídico 1.2.1].

<sup>3</sup> Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-145 del 20 de mayo de 2020 [fundamento jurídico 129].



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.

Es importante destacar que el 7 de mayo de 2020, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, mediante Acuerdo n°. PCSJA-11549, levantó la suspensión de términos en relación con los medios de control de nulidad por inconstitucionalidad y de simple nulidad de los actos administrativos dictados con ocasión de la declaratoria de la emergencia sanitaria por el COVID-19 (art. 5.3). De modo que cualquier persona puede acudir a esos medios de control, si estima que un acto administrativo dictado con ocasión de la emergencia sanitaria trasgrede el ordenamiento.

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.

En efecto, el artículo 137 CPACA dispone que el medio de control de nulidad está establecido para la defensa objetiva del ordenamiento. A través de esta acción cualquier persona puede solicitar por sí, o por medio de representante, que se anule un acto administrativo, si infringe las normas en que debía fundarse. También, procede cuando el acto lo haya expedido un funcionario u organismo incompetente, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que lo profirió.

Aún más, a diferencia de lo que sucede con el control inmediato de legalidad, cuyo



trámite no prevé la solicitud de medidas cautelares (art. 185 del CPACA), quien acuda al medio de control de simple nulidad está facultado para pedir, en cualquier estado del proceso, esas medidas, de acuerdo con los artículos 229 y siguientes del CPACA.

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.

### **RESUELVE**

**PRIMERO:** El Despacho **SE ABSTIENE** de avocar el conocimiento del control inmediato de legalidad del Decreto n°. 457 del 22 de marzo de 2020, expedido por la Nación-Ministerio del Interior, de conformidad con las razones expuestas en la providencia.

**SEGUNDO: DEVUÉLVASE** a la Nación-Ministerio del Interior el Decreto n°. 457 de 2020.

**TERCERO: NOTIFÍQUESE** esta decisión, inclusive al agente del Ministerio Público delegado ante esta Corporación. En firme, **ARCHÍVESE** el expediente.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



6

Expediente n°.11001-03-15-000-2020-02611-00  
Autoridad: Nación-Ministerio del Interior  
Se abstiene de tramitar control inmediato de legalidad

**(ORIGINAL FIRMADO)**

**GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE**

MAR/1C digital