

OBSERVATORIO RELATORIA CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD

PRIMERA ENTREGA

Pedro Javier Barrera Varela¹
Derys Susana Villamizar Reales²

CONTEXTO DE LA OBSERVACIÓN

El presente documento presenta las conclusiones que se deducen del observatorio realizado frente a los resultados de la relatoría sobre la admisión de los actos administrativos, expedidos en desarrollo de los decretos legislativos dictados en el marco de los Estados de excepción de emergencia económica, social y ecológica y que fueron remitidos a la corporación para que fueran objeto del “Control Inmediato de Legalidad”, en adelante, CIL o, en su defecto, fueron aprehendidos de oficio.

Para tal propósito, realizamos las siguientes observaciones de tipo *metodológico*:

1. El insumo de trabajo no fueron los expedientes de CIL, sino las providencias, autos de admisión o rechazo, proferidos por las Salas Especiales de Decisión de la Corporación y dictados con fundamento en los decretos expedidos por el gobierno nacional al amparo de la declaratoria del Estado de excepción de emergencia social y económica, mediante el Decreto 417 de 2020 y por el Decreto 637 de 2020.
2. El estudio se desarrolló sobre un total de 374 providencias, que corresponden a la totalidad de autos titulados por las relatorías del Consejo de Estado hasta el 14 de mayo de 2020 relativo a los expedientes tramitados bajo el proceso del CIL.
3. Para efectos de unificar y clasificar la información correspondiente a los CIL, consolidamos en un cuadro de Excel los siguientes criterios que tomamos de cada providencia: i) número radicado, ii) ponente, iii) sala especial de decisión, iv) norma controlada, v) contenido de la norma, vi) decisión, vii) fundamento normativo; viii) argumento central frente al juicio de admisión, y ix) observaciones, cuando a ello había lugar.
4. En relación con el criterio vii) fundamento normativo, lo entendimos como aquella invocación expresa de la fuente del acto administrativo, materia de control.
5. Luego de sistematizar el 100% de los datos en los diferentes criterios contenidos en el cuadro de Excel, centramos el presente análisis en aquellas decisiones que plantean una evidente contradicción frente a un mismo criterio. En este orden de

¹ Relator de Asuntos Constitucionales del Consejo de Estado. Para este trabajo recibí el valioso apoyo de la totalidad de mi equipo de trabajo, conformado por los abogados: Leonardo Vega, Lucero Valois y Jessica Delgado.

² Relatora de Sala de Consulta del Consejo de Estado

ideas, presentamos seis conclusiones sobre el estudio de admisión de los expedientes de CIL por el H. Consejo de Estado, como sigue a continuación.

Primera conclusión: La falta de definición de la naturaleza jurídica del Decreto 457 de 2020 ha generado contradicciones en la corporación frente a la admisibilidad del CIL

El Estado de excepción de “emergencia económica, social y ecológica” se declaró mediante el Decreto 417 de 17 de marzo de 2020, y con posterioridad se expidió el Decreto 457 del 22 de marzo de 2020. Este Decreto fue suscrito por todos los ministros y en sus fundamentos se invocan las competencias ordinarias del Presidente de la República previstas en 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.

Sin embargo, no resulta fácil ni ha sido definido en la corporación de manera unificada su clasificación dentro de la tipología de “decretos legislativos”, esto es, los que se expiden en el marco de los estados de excepción, previstos en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución, o en la tipología genérica de “decretos reglamentarios” ó “decretos constitucionales y autónomos”; es decir, aquellos que se deducen de la potestad reglamentaria de la Ley, atribución que le asiste al Presidente de la República, en virtud del artículo 189 (11) de la Carta o aquellos que desarrollan directamente la Constitución.

Esta dificultad relativa a la naturaleza jurídica del Decreto 457 de 2020 no es un problema exclusivo de la doctrina³, sino que se ve reflejado al interior de las distintas salas de decisión del Consejo de Estado.

Fundamentamos esta hipótesis con base en los resultados arrojados por el observatorio, como se explica a continuación:

³ Uprimny Rodrigo y otros, memorial dirigido a la Corte Constitucional el 22.04.20, en: <https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2020/04/Memorial-Corte-Constitucional.pdf>, visto 01.06.20. Respuesta de Alfonso Palacios en: <https://revistaderechoestado.uexternado.edu.co/2020/04/28/sin-cuarentena-en-el-control-abstracto-de-constitucionalidad/>, visto: 01.06.20.

De una parte, obtuvimos 12 autos⁴ que reconocían de manera expresa que dicho decreto es legislativo y 6 autos⁵ en los que de manera tácita⁶ se le asignaba el carácter de legislativo a dicho decreto. También encontramos que en 4 autos⁷ se admitía el estudio del CIL con fundamento en el Decreto 457, pero que a su vez se mencionaban otros fundamentos normativos, que, en efecto, correspondían a decretos legislativos dictados en el marco del actual Estado de excepción. A este grupo lo clasificamos con el nombre de “tesis mixta”. *Ergo*, en estas providencias la conclusión fue la de la ADMISIÓN.

De otra parte, hallamos una contradicción con 11 autos⁸ en los que de manera categórica se argumenta que el Decreto 457 de 2020 no corresponde a la tipología de decretos legislativos, porque son funciones de policía adoptadas dentro de las funciones ordinarias

⁴ i) Consejo de Estado, Sala Especial de Decisión No. 17, Auto del 03.03.20, M.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas. Rad. 2020-00959-00, ii) Sala Especial de Decisión No. 1, Auto del 01.04.20, M.P. María Adriana Marín. Rad. 2020-00960-00, iii) Sala Especial de Decisión No. 19, Auto del 01.04.20, M.P. William Hernández Gómez. Rad. 2020-00961-00, iv) Sala Especial de Decisión No. 10, Auto del 02.04.20, M.P. Sandra Liseth Ibarra Vélez. Rad. 2020-00980-00, v) Sala Especial de Decisión No. 17, Auto del 03.04.20, M.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas. Rad. 2020- 001000-00, vi) Sala Especial de Decisión No. 1, Auto del 14.04.20, M.P. María Adriana Marín. Rad. 2020- 001004-00, vii) Sala Especial de Decisión No. 17, Auto del 14.04.20, M.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas. Rad. 2020- 001028-00, viii) Sala Especial de Decisión No. 4, Auto del 14.04.20, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Rad. 2020- 001038-00, ix) Sala Especial de Decisión No. 1, Auto del 27.04.20, M.P. María Adriana Marín. Rad. 2020- 01283-00, x) Sala Especial de Decisión No. 1, Auto del 27.04.20, M.P. María Adriana Marín. Rad. 2020- 01283-00; xi) Sala Especial de Decisión No. 4, Auto del 03.04.20, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Rad. 2020- 000985-00 y xii) Sala Especial de Decisión No. 17, Auto del 28.04.20, M.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas. Rad. 2020-01455-00.

⁵ i) Consejo de Estado, Sala Especial de Decisión No. 5, Auto del 07.05.20, Rad. 2020-001740-00, ii) Auto del 15/04/20, Rad. 2020-01047-00, iii) Auto del 05.05.20, Rad. 2020-01646, iv) Auto del 05.05.20, Rad. 2020-01622-00, v) Auto del 28.04.20, Rad. 2020-01451-00, y vi) Auto del 29.04.20, Rad. 2020-01503-00. Todos con ponencia del consejero Milton Chaves García.

⁶ Consideramos que se trata de un reconocimiento tácito del carácter legislativo, porque a pesar de que no se haga mención de manera expresa, es el fundamento normativo para considerar que el acto administrativo es pasible de control inmediato de legalidad.

⁷ i) Consejo de Estado, Sala Especial de Decisión No. 11, Auto del 24.04.20, M.P. Stella Jeannette Carvajal Basto, Rad. 2020-00995-00, ii) Sala Especial de Decisión No. 6, Auto del 04.05.20, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, Rad. 2020-01575-00; iii) Sala Especial de Decisión No. 6, Auto del 28.04.20, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, Rad. 2020-01421-00 y iv) Sala Especial de Decisión No. 19, Auto del 07.05.20, M.P. William Hernández Gómez, Rad. 2020-01618-00.

⁸ i) Consejo de Estado, Sala Especial de Decisión No. 6, Auto del 31.03.20, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio. Rad. 2020-00953-00, ii) Sala Especial de Decisión No. 8, Auto del 24.04.20, M.P. Nubia Margoth Peña Garzón. Rad. 2020-00973-00, iii) Sala Especial de Decisión No. 6, Auto del 01.04.20, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio. Rad. 2020-00980-00, iv) Sala Especial de Decisión No. 26, Auto del 15.04.20, M.P. Guillermo Sánchez Luque. Rad. 2020-01062-00, v) Sala Especial de Decisión No. 20, Auto del 29.04.20, M.P. Roberto Augusto Serrato Valdés. Rad. 2020- 001228-00, vi) Sala Especial de Decisión No. 12, Auto del 08.05.20, M.P. Ramiro Pazos Guerrero. Rad. 2020- 01467-00, vii) Sala Especial de Decisión No. 8, Auto del 04.05.20, M.P. Nubia Margoth Peña Garzón. Rad. 2020- 01563-00, viii) Sala Especial de Decisión No. 8, Auto del 04.05.20, M.P. Nubia Margoth Peña Garzón. Rad. 2020- 01573-00, ix) Sala Especial de Decisión No. 18, Auto del 28.04.20, M.P. Oswaldo Giraldo López. Rad. 2020- 01239-00, x) Sala Especial de Decisión No. 16, Auto del 28.04.20, M.P. Nicolas Yepes Corrales. Rad. 2020- 01287-00; xi) Sala Especial de Decisión No. 24, Auto del 04.05.20, M.P. Carmelo Perdomo Cuéter. Rad. 2020- 01570-00.

del Presidente de la República, cuyo fundamento está en el numeral 4 del artículo 189 de la Constitución. Bajo tal argumentación, el efecto fue el de la NO ADMISIÓN.

El cuadro siguiente ilustra lo anterior:

Tesis	Número de Celda en el cuadro Excel	Consejero Ponente	Decisión
De forma expresa se indica que es un decreto legislativo	9, 10, 12, 22, 33, 36, 46, 50, 135, 159, 202, 304	Rodríguez Navas (4), Adriana Marín (3), William Hernández, Sandra L. Ibarra, Lucy Bermúdez (2), Luis Alberto Álvarez	Avoca
De manera tácita se le reconoce como un decreto legislativo	57, 65, 173, 174, 302, 312	Milton Chaves (6)	Avoca
Mixta (además se apoya en algún Decreto Legislativo)	32, 168, 170, 181	Stella J. Carvajal, Carlos Moreno (2), William Hernández	Avoca
Ordinario	7, 18, 23, 73, 126, 172, 175, 176, 271, 278, 327	Carlos Moreno (2), Nubia M. Peña (3), G. Sánchez Luque, Roberto Serrato, Ramiro Pazos, Oswaldo Giraldo, Nicolás Yepes, Carmelo Cuéter	No avoca

CUADRO No 1

Se observa, igualmente, que dicha problemática frente a la falta de claridad de la tipología del Decreto 457 de 2020, existe el pronunciamiento previsto en el auto proferido por el despacho del magistrado Hernando Sánchez Sánchez en el que se inadmitió la demanda contra este decreto de nulidad por inconstitucionalidad y ordenó su adecuación al medio de control de nulidad simple. En dicha providencia, se reconoce que no se trata de un decreto de tipo legislativo y, por consiguiente, es pasible de control a través de los medios de control ordinarios previstos en la Ley 1437 de 2011.

Segunda conclusión: “¿Son las Circulares objeto del CIL?”

Pese a que fueron muchos los pronunciamientos en los que se decidió avocar el conocimiento del CIL respecto de circulares, para el presente análisis se traerán aquellas providencias en las que se evidencian aparentes contradicciones que dieron lugar a que en unos casos se avocara conocimiento y, en otros, se optara por la inadmisión y archivo del proceso. También se encontraron casos en los que, a pesar de no avocar el conocimiento,

se realizaban consideraciones sobre el hecho de que la circular estaba dirigida a todos los servidores públicos o usuarios de la entidad y, en esa medida, se estaba frente a un acto de carácter general.

En las que se decidió no avocar se traen dos antecedentes jurisprudenciales, que sirven de pilar de la decisión:

Por un lado, se cita un antecedente jurisprudencial⁹ según el cual, las circulares son lo que la jurisprudencia ha denominado actos de servicio. De otro lado, se indicó que las circulares se limitan a dar instrucciones a los empleados y contratistas de la entidad¹⁰ y por ende no debían ser objeto de CIL¹¹

También existen pronunciamientos en los que se estima que la circular es objeto de CIL o, en palabras de algunas providencias “avocar conocimiento”, pero por razones distintas a las citadas anteriormente. Esto implica, que no se cuestionó la falta del requisito del “carácter general” de los actos administrativos objeto de control, pues de haber cumplido con los demás requisitos de procedibilidad, serían objetos del referido mecanismo.¹²

Tercera conclusión: Competencia del Consejo de Estado para asumir el CIL frente a actos administrativos, expedidos por las Corporaciones Autónomas Regionales”

Si bien en la mayoría de los casos se optó por avocar conocimiento de los actos expedidos por las Corporaciones Autónomas Regionales, existen pronunciamientos en los que se decide declarar la falta de competencia del Consejo de Estado. En consecuencia, se dispuso, entre otros aspectos, remitir por competencia a los Tribunales Administrativos, bajo las siguientes dos premisas:

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia 20.03.2013, M.P. Gerardo Arenas Monsalve, Rad. 2010-00135

¹⁰ Consejo de Estado, Sala Especial de Decisión No. 4 Auto 31.03.2020, M.P. Martín Bermúdez Muñoz, Rad. 2020-00955 y, Sala Especial de Decisión No. 1, Auto del 20.04. 2020, M.P. María Adriana Marín, Rad. 2020-01101

¹¹ En esta vertiente están los pronunciamientos que a continuación se relacionan: Consejo de Estado, Sala Especial de Decisión No. 1, auto del 01.05.2020, Rad. 2020-01766, auto del 04.05.2020, Rad. 2020-01471 y auto del 04.05.2020, Rad 2020-01581, M.P. María Adriana Marín.

¹² Consejo de Estado, Sala Especial de Decisión No. 3, Auto 27.04.2020, M.P. Julio Roberto Piza Rodríguez, Rad. 2020-00955, Sala Especial de Decisión No. 5, Auto 03.04.2020, M.P. Milton Chaves García, Rad. 2020-01009, Sala Especial de Decisión No. 19, Auto 16.04.2020, M.P. William Hernández Gómez, Rad. 2020-01063, Sala Especial de Decisión No. 12, Auto 20.04.2020, M.P. Ramiro Pazos Guerrero, Rad. 2020-01128, Sala Especial de Decisión No. 3, Auto 06.05.2020, M.P. Julio Roberto Piza Rodríguez, Rad. 2020-01704, Sala Especial de Decisión No. 1, Auto 02.04.2020, M.P. María Adriana Marín, Rad. 2020-00983, Sala Especial de Decisión No. 14, Auto 22.04.2020, M.P. Alberto Montaña Plata, Rad. 2020-01240.

- i) Quien dicta el acto es una entidad administrativa de carácter nacional que desarrolla sus funciones dentro del área de su jurisdicción territorial
- ii) No está encaminada a regular una situación de alcance nacional

La referida tesis fue planteada¹³, sin que en los pronunciamientos donde se avocó¹⁴ el conocimiento surgiera este planteamiento.

Cuarta conclusión: CIL frente a los actos administrativos expedidos por la Aerocivil para regular situaciones en aeropuertos concretos”

Se observa que en un caso no se avocó el trámite del CIL sobre un acto administrativo expedido para regular situaciones jurídicas en un aeropuerto internacional, tras considerar que se trataba de un acto, cuyo contenido es de carácter particular. Para esta Sala de Decisión, resulta claro que las consecuencias jurídicas derivadas de este son aplicables a personas jurídicas determinadas.¹⁵

En otro caso, se avocó el CIL, pues se consideró que al regular la situación de 6 aeropuertos era “(...) procedente de conformidad con el artículo 136 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y en virtud de lo dispuesto en los artículos 111 y 185 ibídem, el Despacho da trámite al Control Inmediato de Legalidad de la Resolución Número 00742 del 20 de marzo de 2020, expedida por el Director General de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil – AEROCIVIL”¹⁶.

Aunque existe una diferencia entre el número plural de aeropuertos, en el segundo caso, se observa una tensión entre las decisiones de estas dos salas especiales de decisión.

¹³ Consejo de Estado, Sala 4 Especial de Decisión, Auto del 15.04.2020, M.P. Carmelo Perdomo Cuéter, Rad. 2020-01026

¹⁴ Decisiones en las que se avoca: Consejo de Estado, Sala Especial de Decisión No. 21 Auto 13.04.2020, M.P. Rafael Francisco Suárez Vargas, Rad. 2020-01021, Sala Especial de Decisión No. 10, Auto 14.04.2020, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Rad. 2020-01029, Sala Especial de Decisión No. 21 Auto 12.05.2020, M.P. Rafael Francisco Suárez Vargas, Rad. 2020-01032, Sala Especial de Decisión No. 16, Auto 28.04.2020, M.P. Nicolás Yepes Corrales, Rad. 2020-01154, Sala Especial de Decisión No. 3, Auto 24.04.2020, M.P. Julio Roberto Piza Rodríguez, Rad. 2020-01347, Sala Especial de Decisión No. 2, Auto 28.04.2020, M.P. César Palomino Cortés, Rad. 2020-01357, Sala Especial de Decisión No. 3, Auto 29.04.2020, M.P. Julio Roberto Piza Rodríguez, Rad. 2020-01390, Sala Especial de Decisión No. 17, Auto 28.04.2020, M.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, Rad. 2020-01392, Sala Especial de Decisión No. 16, Auto 04.05.2020, M.P. Nicolás Yepes Corrales, Rad. 2020-01397, Sala Especial de Decisión No. 20, Auto 05.05.2020, M.P. Roberto Augusto Serrato Valdés, Rad. 2020-01399 y Sala Especial de Decisión No. 3, Auto 29.04.2020, M.P. Julio Roberto Piza Rodríguez, Rad. 2020-01405.

¹⁵ Consejo de Estado, Sala 2 Especial de Decisión, Auto del 28/04/2020, M.P. César Palomino Cortés, Rad. 2020-01456.

¹⁶ Consejo de Estado, Sala 14 Especial de Decisión, Auto del 30.04.2020, M.P. Alberto Montaña Plata, Rad. 2020-01461.

Quinta conclusión: Tesis amplia de admisión del CIL

En el estudio consideramos relevante que, en 44 providencias¹⁷, equivalentes a un 11.79% del total de casos analizados, se admitió el asunto para conocer bajo el proceso de CIL, sin que se hicieran mayores consideraciones frente a los requisitos de procedencia. Es decir, que no se analizó el cumplimiento de los requisitos indicados en el artículo 136 de la Ley 1437 de 2011. Por esta razón, clasificamos estos autos dentro de la tipología de “tesis amplia de admisibilidad”.

Sexta conclusión: Inadmisión del CIL frente a un acto administrativo y admisión del acto administrativo que modifica el que no fue materia de control

En el análisis efectuado se evidenció¹⁸ que el acto administrativo en cuestión no desarrolló un decreto dictado en el marco del Estado de emergencia, pero al conocer de la adición y modificación de este acto administrativo, con ponencia de otro magistrado¹⁹ se avoca y

¹⁷ Consejo de Estado, Sala Especial de Decisión No. 2, M.P. César Palomino Cortés: i) Auto del 23.04.20, Rad. 2020-01292-00, ii) Auto del 23.04.20, Rad. 2020-01243-00, iii) Auto del 24.04.20, Rad. 2020-01306-00, iv) Auto del 30.04.20, Rad. 2020-01508-00, v) Auto del 30.04.20, Rad. 2020-01564-00, vi) Auto del 05.05.20, Rad. 2020-01657-00, vii) Auto del 07.05.20, Rad. 2020-01719-00, viii) Auto del 21.04.20, Rad. 2020-01203-00, ix) Auto del 17.04.20, Rad. 2020-01144-00, x) Auto del 03.04.20, Rad. 2020-01013-00, xi) Auto del 02.04.20, Rad. 2020-00989-00, xii) Auto del 07.05.20, Rad. 2020-01719-00, xiii) Auto del 30.03.20, Rad. 2020-00963-00. Sala Especial de Decisión No. 3, M.P. Julio Roberto Pizza: i) Auto del 22.04.20, Rad. 2020-01227-00, ii) Auto del 29.04.20, Rad. 2020-01465-00, iii) Auto del 22.04.20, Rad. 2020-01227-00, iv) Auto del 29.04.20, Rad. 2020-01465-00, v) Auto del 04.05.20, Rad. 2020-01227-00, vi) Auto del 04.05.20, Rad. 2020-01562-00, vii) Auto del 05.05.20, Rad. 2020-01651-00, viii) Auto del 06.05.20, Rad. 2020-01684-00, ix) Auto del 21.04.20, Rad. 2020-01191-00, x) Auto del 20.04.20, Rad. 2020-01179-00, xi) Auto del 31.03.20, Rad. 2020-00966-00, xii) Auto del 31.03.20, Rad. 2020-00971-00. Sala Especial de Decisión No. 12, M.P. Ramiro Pazos Guerrero: i) Auto del 08.05.20, Rad. 2020-01580, ii) Auto del 08.05.20, Rad. 2020-01650, iii) Auto del 08.05.20, Rad. 2020-01745, iv) Auto del 20.04.20, Rad. 2020-01168, v) Auto del 01.04.20, Rad. 2020-00956, vi) Auto del 30.04.20, Rad. 2020-01495, vii) Auto del 16.04.20, Rad. 2020-01070. Sala Especial de Decisión No. 10, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez i) Auto 30.03.2020, Rad. 2020-000944 ii) Auto del 13.04.2020, Rad. 2020-01017 iii) Auto del 21.04.2020, Rad. 2020-001143 y iv) Auto del 23.04.2020, Rad. 2020-01162. Sala Especial de Decisión No. 5, M.P. Milton Chaves García: i) Auto del 21.04.20, Rad. 2020-01193-00, ii) Auto del 17.04.20, Rad. 2020-01141-00 y iii) Auto del 31.03.20, Rad. 2020-00947-00. Sala Especial de Decisión No. 9, Auto de 07.05.2020, M.P. Gabriel Valbuena Hernández, Rad. 2020-01749-00. Sala Especial de Decisión No. 8, Auto de 24.04.2020, M.P. Nubia Margoth Peña Garzón, Rad. 2020-01303-00. Sala Especial de Decisión No. 26, Auto de 01.04.2020, M.P. Guillermo Sánchez Luque, Rad. 2020-00969-00. Sala Especial de Decisión No. 21, M.P. Rafael Francisco Suárez Auto del 22.04.2020, Rad. 2020-01243-00.

¹⁸ Consejo de Estado, Sala 26 Especial de Decisión, Auto del 21.04.2020, M.P. Hernando Sánchez Sánchez, Rad 11001-03-15-000-2020-01019-00.

¹⁹ Consejo de Estado, Sala 8 Especial de Decisión, Auto del 24.04.2020, M.P. Nubia Margoth Peña, Rad 11001-03-15-000-2020-01020-00.

tramita el Control Inmediato de Legalidad, tras indicar: "... Por ajustarse a los presupuestos de procedibilidad y de competencia, previstos en los artículos 20 de la Ley 137 de 2 de junio de 1994; 111, numeral 8, y 136 del CPACA, se avoca el conocimiento del control inmediato de legalidad de la Resolución núm. PS-GJ.1.2.6.020.0117 de 24 de marzo de 2020".