



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SALA VENTIDÓS ESPECIAL DE DECISIÓN

Magistrado ponente: LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de mayo de dos mil veinte (2020)

Referencia: CONTROL AUTOMÁTICO DE LEGALIDAD
Radicación: 11001-03-15-000-2020-01048-00
Acto: Resolución No. 3019 del 19 de marzo de 2020, proferida por la directora general del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.
Asunto: Resuelve recurso de reposición

AUTO

Procede el despacho a resolver el recurso de reposición interpuesto por la Procuradora Séptima Delegada ante el Consejo de Estado contra el auto del 15 de abril de 2020, a través del cual se avocó conocimiento, en sede de control inmediato de legalidad, de la Resolución No. 3019 de 2020 expedida por el Instituto Colombiano de bienestar Familiar- ICBF, de conformidad con el artículo 136 del CPACA, en concordancia con los artículos 111, numeral 8º y 185 de dicha normativa y el artículo 20 de la ley 137 de 1994.

I. ANTECEDENTES

En memorial enviado a la Secretaría General del Consejo de Estado, por medio de mensaje de correo electrónico de fecha 28 de abril de 2020, registrado en el sistema de información SAMAI el 5 de mayo siguiente, la Procuradora Séptima Delegada presentó recurso de reposición contra el auto del 15 de abril de 2020, por el cual se avocó conocimiento del medio de control inmediato de legalidad frente a la Resolución No. 3019 del 19 de marzo de 2020, expedida por la directora general del ICBF, «*Por la cual se modifican la Resolución No. 6100 de 2019 “Por la cual se adopta el Manual Operativo del Programa Generaciones 2.0” y la Resolución No. 9530 de 2019 “Por la cual se adopta el Manual Operativo para el Fortalecimiento de Capacidades de los Niños, Niñas y Adolescentes con Discapacidad y sus Familias”, en el marco de la emergencia por COVID-19*».

1. Providencia recurrida

Mediante auto del 15 de abril del 2020, el magistrado sustanciador resolvió avocar conocimiento del medio de control inmediato de legalidad respecto del referido acto administrativo, por encontrar que reunía los requisitos establecidos



en el artículo 136 del CPACA, dado que: (i) fue dictado en ejercicio de una función administrativa, específicamente *«en uso de las facultades legales y reglamentarias, en especial las conferidas en el literal b) del artículo 28 de la ley 7 de 1979, el literal a) del artículo 28 del Decreto 334 de 1980, el parágrafo del artículo 11 de la Ley 1098 de 2006, y el artículo 78 de la ley 489 de 1998 (...) y en la Ley 7 de 1979; la Ley 489 de 1998, artículo 78; el Acuerdo 102 de 1979, aprobado por el Decreto 334 de 1980; el Decreto 987 de 2012, artículo 2o y demás normas concordantes y complementarias»*; (ii) su contenido es de carácter general, *«en tanto, adopta reglamentaciones que tienen que ver con los manuales operativos del Programa Generación 2.0 y la Modalidad de Fortalecimiento de las Capacidades de Niñas, Niños y Adolescentes con Discapacidad y sus Familias, herramientas metodológicas que cumplen un papel importante para la adecuada implementación y operación de dichos programas y acciones a cargo del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y dirigidos a la población objeto de protección»*; (iii) emana de una autoridad nacional, teniendo en cuenta que *«el ICBF es un establecimiento público descentralizado, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, creado por la Ley 75 de 1968 y reorganizado conforme a lo dispuesto por la Ley 7 de 1979 y su Decreto Reglamentario No. 2388 de 1979, el cual fue adscrito al Departamento Administrativo para la Prosperidad Social mediante Decreto No. 4156 de 2011; por lo tanto, pertenece al sector descentralizado del orden nacional de conformidad con lo dispuesto en los artículos 68 y 70 de la Ley 489 de 1998»*, y (iv) se profirió con fundamento y como desarrollo del Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, teniendo en cuenta que en su parte motiva señala expresamente *«Que, en atención al Estado de Emergencia Económica Social y Ecológica, las resoluciones, circulares y directivas expedidas por el Gobierno Nacional ante la presencia de la enfermedad por el COVID-19, por las cuales se fijan medidas de control de propagación y se dictan normas para la conservación de la salud, se hizo necesario realizar algunos ajustes a los Manuales Operativos del Programa Generaciones 2.0 y de la Modalidad para el Fortalecimiento de Capacidades de Niños, Niñas y Adolescentes con Discapacidad y sus Familias»*.

2. El recurso de reposición

La Procuradora Séptima Delegada, mediante escrito del 28 de abril de 2020, solicitó revocar el auto del 15 de abril de 2020, por considerar que *«(...) el acto que emitió la directora del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, si bien en un aparte de sus motivaciones hace expresa mención al Decreto legislativo 417, mediante el cual el Presidente de la República declaró el estado de excepción económica y social, no cumple la condición de ser un acto que desarrolle un decreto legislativo y, en consecuencia, no es susceptible del control de legalidad, en tanto su fundamento está en la emergencia sanitaria que declaró el Ministerio de Salud para, se repite, dar cumplimiento, entre otros, a la medida de evitar las aglomeraciones y lograr un aislamiento preventivo obligatorio, en los términos del Decreto 457 de 2020»*. Como sustento del recurso expuso lo siguiente:



(i) La llegada al país del brote pandémico por Coronavirus COVID-19 dio lugar a dos situaciones jurídicas distintas con fundamentos, consecuencias y controles propios «(...) *una fue la declaración de emergencia sanitaria que permitió a las diversas entidades estatales, en ejercicio de sus funciones ordinarias, **adoptar planes de contingencia para hacer frente a las medidas sanitarias para mitigar los efectos del COVID 19** y otra, la declaración del estado de excepción de emergencia social o económica, cuyas medidas, en términos generales y, en razón precisamente de la anormalidad que implicaba su declaración, han de estar encaminadas a contener, entre otros, los efectos económicos que de hecho generarían las medidas sanitarias adoptadas, así como todas aquellas necesarias para lograr los apoyos del sector salud y que no podían ser tomadas en el marco de las competencias ordinarias o en donde estas resultaban insuficientes*».

(ii) La Resolución 385 de 2020 fue adoptada por el Ministerio de Salud y Protección Social en aplicación de lo dispuesto en los artículos 488, literal b de la Ley 9 de 1979 y 2.8.8.1.4.3, literales a), b) y g) y parágrafos 1 y 2 del Decreto 780 de 2016; pues, como se lee, «*la emergencia sanitaria **es una medida ordinaria de policía** de la que pueden hacer uso las autoridades sanitarias, específicamente el Ministerio de Salud, como ente rector de la política epidemiológica del país, para la prevención, mitigación y control de un evento epidemiológico como lo es el COVID 19, que la organización Mundial de la Salud –OMS- catalogó como pandemia, en razón de la velocidad de propagación y la escala de trasmisión. Es claro, entonces, que los Estados no requieren, para adoptar medidas sanitarias como el aislamiento, la cuarenta, u otras tendientes a evitar la propagación de un contagio, recurrir a los regímenes de excepción en tanto el mismo ordenamiento ha reconocido competencias y funciones en esta materia que pueden desarrollar en el marco ordinario de sus atribuciones*».

(iii) El acto *sub examine* no cumple con el requisito formal de haber sido expedido con fundamento o como desarrollo de un decreto legislativo, debido a que «*La simple mención al Decreto 417 de 2020, decreto por medio del cual se declaró la emergencia económica y social, no puede ser suficiente para que se entienda que la Resolución 3019 de 19 de mayo de 2020, es un acto que lo desarrolle, por cuanto aquel es el acto mediante el cual se hace la declaración del estado excepcional, es decir, se pasa de la normalidad a la anormalidad institucional, sin que se adopten decisiones distintas, en tanto estas, entiende esta Delegada, están en los diversos decretos legislativos que expide el Gobierno Nacional en el marco de la emergencia y con posterioridad a su declaración*».

(iv) El control inmediato de legalidad no se activa de forma automática porque la Resolución No. 3019 de 2020 invoque en sus consideraciones el Decreto 4017 del 2020, en tanto «*Se insiste, el acto que expidió la directora del ICBF se fundamentó, sin señalarlo expresamente, en los decretos dictados con base en*



las facultades ordinarias de policía que le fueron atribuidas al titular del ejecutivo para mantener y conservar el orden público en todo el territorio nacional, es este caso, el orden público relacionado con la salud pública, alterado por una epidemia que, en los términos del órgano internacional que maneja el tema, se declaró como pandemia. Esta delegada del Ministerio Público, considera que la decisión que se adoptó en el acto que se pretende controlar, respondió a las medidas que debían adoptarse como parte del plan de contingencia para hacer frente a la declaración de emergencia sanitaria, la cual no tiene relación o puede considerarse como un desarrollo de un decreto legislativo, pues estas se enmarcan en las recomendaciones e instrucciones que dieron, entre otros, la Presidencia de la República, el Departamento Administrativo de la Función Pública y los Ministerios de Salud, Trabajo y Protección Social a efectos de prevenir, evitar y mitigar el riesgo de expansión del COVID 19».

3. Trámite del recurso

Una vez recibido el escrito contentivo del recurso, la Secretaría General procedió a registrarlo en el Sistema de información SAMAI y a fijar en lista el traslado correspondiente, el 5 de mayo de 2020, por el término de tres (3) días, según lo dispuesto en el artículo 342 del CPACA, en concordancia con los artículos 318 y 319 del CGP. En este orden, el expediente pasó al despacho del magistrado ponente el 12 de mayo siguiente.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Este despacho es competente para resolver el presente recurso de reposición, interpuesto por la delegada del Ministerio Público, en los términos del artículo 242 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con el artículo 243 *ejusdem* y los artículos 318 y 319 de la Ley 1564 de 2012, teniendo en cuenta que el artículo 185 del CPACA, que regula el trámite del medio de control inmediato de legalidad, no prevé disposición especial sobre la materia.

2. Análisis de procedibilidad

Antes de entrar al estudio de fondo de la providencia impugnada, es preciso verificar si el recurso en cuestión cumple con los requisitos de procedibilidad consagrados en los artículos 242 del CPACA y 318 del CGP, a saber: i) que se interponga contra autos que no sean susceptibles de apelación o de súplica; ii) que se expresen las razones que lo sustentan; y (iii) que haya sido formulado por escrito dentro de los tres (3) días siguientes al de la notificación del auto correspondiente, cuando se pronuncie fuera de audiencia o, en caso contrario, de forma verbal, inmediatamente se pronuncie aquel.



En relación con el primero de ellos, se observa que el auto del 15 de abril de 2020, por el cual se avocó conocimiento del medio de control inmediato de legalidad de la Resolución No. 3019 de 2020 expedida por el ICBF no es de naturaleza apelable, según el listado del artículo 243 de la Ley 1437 de 2020 y las demás normas de este estatuto procesal, por lo que al tenor del artículo 242 es susceptible del recurso de reposición. Igualmente, se observa que se encuentra debidamente sustentado y fue elevado por escrito ante la Secretaría General de esta Corporación, el tercer día siguiente de la notificación al Ministerio Público, esto es, el 28 de abril de 2020, por cuanto aquella se surtió, por vía de correo electrónico, el 23 de abril del mismo año.

3. Análisis de fondo

En el caso concreto, la delegada del Ministerio Público censura el auto del 15 de abril de 2020, por el cual se avocó conocimiento, en sede de control inmediato de legalidad, respecto de la Resolución No. 3019 de 2020, proferida por la directora general del ICBF, al considerar que esta no satisface el requisito de haber sido expedido con fundamento o como consecuencia de un decreto legislativo, como lo dispone el artículo 136 del CPACA.

Lo anterior, por cuanto si bien el acto *sub examine* se encuentra motivado expresamente en el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica declarado por el Gobierno nacional, mediante el Decreto 417 de 2020, no desarrolla ninguno de los decretos legislativos dictados al amparo de este, por lo que entiende que, en realidad, se expidió como consecuencia de la Emergencia Sanitaria decretada por el Ministerio de Salud y Protección Social, a través de la Resolución 385 del 12 de marzo de 2020 y del Decreto 457 del 22 de marzo de 2020, este último que ordenó el aislamiento preventivo obligatorio de todos los habitantes del país, el cual, a su juicio, fue dictado en ejercicio del poder de policía ordinario del que está revestido el presidente de la República en virtud del artículo 189, numeral 4, como guardián del orden público nacional, en cuanto da alcance, por vía de interpretación, a dos de sus excepciones.

Al respecto, en la providencia que se controvierte, se sostuvo que: «(...) se evidencia que el acto administrativo *sub examine* fue dictado con fundamento y en desarrollo de los decretos dictados durante el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica que rige actualmente en el país, declarada a través del Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, de modo tal que se observa satisfecho también este último requisito para asumir su conocimiento, en los términos del artículo 136 del CPACA»; conclusión que, es menester destacar, corresponde a la etapa inicial del proceso, en la cual se analizan tales exigencias desde una perspectiva formal.

Ahora bien, advierte el despacho que, en efecto, las medidas de confinamiento obligatorio ordenados por el Gobierno Nacional mediante el Decreto 457 del 22



de marzo, y la declaratoria del Estado de Emergencia Económica Social o Ecológica adoptada por el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, tienen una estrecha relación, que es necesario decantar a través de un estudio de fondo, en la medida en que corrieron simultáneamente y tuvieron como causa común la llegada al país del brote epidemiológico por coronavirus COVID-19, que fue declarado como pandemia por la Organización Mundial de la Salud, el pasado 11 de marzo y que obligó a los Estados a tomar medidas urgentes y contundentes para impedir la propagación de sus efectos.

Esta es precisamente una de las principales razones por las que establecer en forma definitiva si los actos remitidos a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para efectos de llevar a cabo el control inmediato de legalidad, resulta ser un asunto complejo, que involucra especialmente su estudio desde la perspectiva material, que no puede ser abordado en esta fase preliminar sino al momento de hacer el análisis de fondo, luego de haberse recaudado el material probatorio, recibido las contestaciones de las autoridades involucradas y escuchada la intervención de los terceros que pudieren estar interesados en participar de este trámite.

Adicionalmente, es menester destacar que estamos ante una amenaza global a la salud pública sin precedentes en la historia reciente, que implica examinar los requisitos del artículo 136 del CPACA, con sumo detenimiento y en una perspectiva amplia, en orden a salvaguardar los derechos de la población confinada, que ha sido seriamente afectada en sus labores cotidianas, en muchos casos, incluso, privada de las posibilidades de obtener un sustento diario, lo que hace necesario analizar este asunto con el cuidado que merece. Estas razones han sido expuestas en reciente pronunciamiento, por parte de esta corporación, así:

(...) desde el punto de vista convencional y constitucional, el medio de control inmediato de legalidad definido en los artículos 20 de la Ley Estatutaria 137 de 1994 y 136 del CPACA tiene como esencia el derecho a la tutela judicial efectiva, y ante la situación excepcional y extraordinaria generada por la pandemia de la covid-19, es posible extender el control judicial a todas aquellas medidas de carácter general dictadas en ejercicio de la función administrativa que no solo se deriven de los decretos legislativos emitidos por el Gobierno Nacional. Esto significa que los actos generales emanados de las autoridades administrativas que tengan relación directa o indirecta con las medidas necesarias para superar el estado de emergencia, aunque también pudieran fundamentarse en las competencias definidas en el ordenamiento en condiciones de normalidad, dadas las circunstancias excepcionales, puede suceder que se presente la confluencia de propósitos y la superposición de competencias, lo cual autoriza al juez del control inmediato que avoque el conocimiento con el fin de garantizar la tutela judicial efectiva.

Esta tesis se fundamenta en la necesidad de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva de todas las personas que tienen limitada su movilidad, como ocurre en la actualidad en Colombia, por la notoria situación de anormalidad desde la declaratoria del estado de emergencia y en cuarentena nacional



Referencia: Control automático de legalidad
Radicación: 11001-03-15-000-2020-01048-00
Resolución 3019 de 2020 del ICBF

obligatoria desde el 24 de marzo de 2020, con la restricción de su libertad de locomoción y de acceso a servicios considerados como no esenciales, lo que dificulta en muchos casos la posibilidad de acudir a la administración de justicia a través de los medios ordinarios establecidos en el ordenamiento jurídico para controlar la actuación de las autoridades.¹ (Subrayado fuera del original).

Por lo anterior, en aras de garantizar el control jurisdiccional integral de la Resolución No. 3019 de 2020 del ICBF, se reitera que corresponde al análisis de fondo, propio de la sentencia, definir si las medidas adoptadas en ella, se enmarcan en el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica declarado por el Decreto 417 de 2020 y/o en alguno de los decretos legislativos que le dan desarrollo, caso en el cual corresponderían al ejercicio de facultades extraordinarias, o en la Resolución 385 del 12 de marzo del mismo año, expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social y, en consecuencia, estarían dentro del giro ordinario de competencias del ICBF, o bien son expresión de la yuxtaposición de unas y otras, lo cual supera la verificación formal de los requisitos del artículo 136 del CPACA, «*relacionados con el **factor subjetivo o de autoría** según el cual la autoridad que expidió el acto a controlar sea del nivel nacional, **factor de objeto** que el acto sea de carácter general y el **factor de motivación o causa**»². En consecuencia, no hay lugar a reponer la decisión recurrida.*

En mérito de lo expuesto, el Despacho,

III. RESUELVE:

PRIMERO: NO REPONER el auto del 15 de abril de 2020, dictado dentro del proceso de control inmediato de legalidad con radicación No. 11001-03-15-000-2020-01048-00, conforme a las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: Advertir a los sujetos procesales que contra lo resuelto no procede ningún recurso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUIS ALBERTO ALVAREZ PARRA
Magistrado

Se suscribe con firma escaneada, por salubridad pública (Art. 11, Decreto 491 de 2020)

¹ CONSEJO DE ESTADO- Sección Segunda- Subsección A. Auto del 15 de abril de 2020, Exp. 11001-03-15-000-2020-01006-00, M.P. William Hernández Gómez

² CONSEJO DE ESTADO- Sala Especial de decisión No. 4. Auto del 4 de mayo de 2020, Exp. 11001-03-15-000-2020-00985-00, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez