



Radicado: 11001-03-15-000-2020-02321-00  
Asunto: Control inmediato de legalidad

**CONSEJO DE ESTADO**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**  
**SALA ESPECIAL DE DECISIÓN n.º 19**

**Consejero ponente: Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ**

**Bogotá, D. C., tres (03) de junio de dos mil veinte (2020)**

**Referencia:** CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD

**Radicación:** 11001-03-15-000-2020-02321-00

**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. Características esenciales del medio de control inmediato de legalidad.

**Decisión:** Avoca conocimiento del control inmediato de legalidad.

**AUTO INTERLOCUTORIO**

**O-425-2020**

### **1. ASUNTO**

El despacho estudia la procedibilidad del medio de control inmediato de legalidad previsto en los artículos 20 de la Ley 137 de 1994 y 136 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), respecto de la Resolución 00535 del 31 de marzo de 2020 «por la cual se establecen las condiciones para el manejo integrado de los recursos de la Unidad de Pago por Capitación y los presupuestos máximos a cargo de las Entidades Promotoras de Salud» proferida por el ministro de salud y protección social, que fue aprehendida de oficio y repartida por la Secretaría General de esta Corporación el 27 de mayo del presente año para el trámite de rigor.

### **2. ANTECEDENTES**



## **2.1. Declaración del estado de emergencia económica, social y ecológica por parte del Gobierno Nacional**

El pasado 11 de marzo, la Organización Mundial de la Salud (OMS) calificó el brote de la enfermedad covid-19 (acrónimo del inglés *coronavirus disease 2019*<sup>1</sup>) como una pandemia, por lo que el Ministerio de Salud y Protección Social, mediante Resolución 385 de 12 de marzo de 2020, declaró «la emergencia sanitaria en todo el territorio nacional hasta el 30 de mayo de 2020», en consecuencia, ordenó a los jefes y representantes legales de las entidades públicas y privadas adoptar las medidas de prevención y control para evitar la propagación de dicha enfermedad.

Posteriormente, el señor presidente de la República, por medio del Decreto Legislativo 417 de 17 de marzo de 2020, declaró el «Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional, por el término de 30 días calendario», que adoptó las medidas necesarias con el fin de conjurar la crisis e impedir: (i) la propagación de la covid-19, y (ii) la extensión de sus efectos negativos en la economía y demás sectores de la vida nacional.

El anterior estado de excepción finalizó el 17 de abril de 2020, no obstante, a través del Decreto Legislativo 637 del 6 de mayo de este año se declaró nuevamente la emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional.

La situación de emergencia sanitaria generada por la pandemia de la covid-19 no tiene precedentes históricos en las últimas décadas en el orden mundial, toda vez que la contagiosidad y mortalidad de esa enfermedad mantiene en un régimen de confinamiento a millones de personas alrededor del globo, con el grave impacto social y económico que ello conlleva.

## **2.2. Contenido de la Circular 01-3-2020-000089 del 11 de mayo de 2020 del SENA**

El acto objeto de estudio señaló lo siguiente:

«[...]

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL**

---

<sup>1</sup> Organización Mundial de la Salud (OMS), ed. (11 de febrero de 2020). «Intervención del Director General de la OMS en la conferencia de prensa sobre el 2019-nCoV del 11 de febrero de 2020». Consultado el 15 de abril de 2020 en: <http://web.archive.org/web/20200220051931/https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-remarks-at-the-media-briefing-on-2019-ncov-on-11-february-2020>.



## RESOLUCIÓN NÚMERO 000535 DE 2020

(31 MAR 2020)

Por la cual se establecen las condiciones para el manejo integrado de los recursos de la Unidad de Pago por Capitación y los de presupuestos máximos a cargo de las Entidades Promotoras de Salud

### EL MINISTRO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL

En ejercicio de sus facultades legales y reglamentarias, en especial las conferidas en el numeral 3 del artículo 173 de la Ley 100 de 1993, el artículo 4 de la Ley 1438 de 2011, el numeral 34 del artículo 2 Decreto –Ley 4107 de 2011, modificado por el artículo 2 del Decreto 2562 de 2012 Decreto –Ley 4107 de 2011 y,

### CONSIDERANDO

Que la Ley 1751 de 2015, Estatutaria en Salud, elevó a derecho fundamental el derecho a la salud, y determinó que es autónomo e irrenunciable. Así mismo, previó un mecanismo de protección colectiva del derecho a la salud, a través del esquema de aseguramiento adoptado en la Ley 100 de 1993, mediante la definición de las tecnologías en salud y servicios financiados con recursos de la Unidad de Pago por Capitación – UPC, que se reconoce a las Entidades Promotoras de Salud- EPS por cada persona afiliada.

Que en desarrollo de la integridad de que trata el artículo 8 de la precitada ley, los servicios y tecnologías en salud autorizados en el país, deben ser suministrados de manera completa para la promoción de la salud, prevención de la enfermedad, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación de cualquier contingencia de salud, según la prescripción del profesional tratante, y con total independencia tanto del origen de la enfermedad como de la financiación definida.

Que los numerales 34 y 36 del artículo 2 del Decreto- Ley 4107 de 2011, adicionados por el artículo 2 del Decreto 2562 de 2012, se determina que le corresponde a este Ministerio, definir el valor de la Unidad de Pago par(sic) Captación- UPC que el Sistema General de Seguridad Social en Salud reconoce a las Entidades Promotoras de Salud- EPS tanto del Régimen Contributivo como del Subsidiado, con el fin de garantizar las tecnologías en salud y servicios a todos los afiliados.

Que la Ley 1955 del 2019, Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 “Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad”, dispone en su artículo 240 que los servicios y tecnologías en salud no financiados con cargo a los recursos de la UPC serán gestionados por las EPS quienes los financiarán con cargo al techo o presupuesto máximo que les transfiera para tal efecto la ADRES, y precisa que, las EPS remitirán la información que este último requiera, precisando que en ningún caso el cumplimiento del presupuesto máximo por parte de las EPS, deberá afectar la prestación del servicio.

Que la Resolución 205 de 2020 reglamentó el artículo 240 de la Ley 1955 de 2019 y estableció en el artículo 4, numeral 4.1, que las EPS deben “*Garantizar en forma integral tanto el conjunto de los servicios y tecnologías en salud financiados con recursos de la UPC como los medicamentos, APME. Procedimientos y servicios complementarios financiados con cargo al presupuesto máximo*”.



Que, el numeral 4.2 de la precitada resolución establece que las EPS tienen el deber de *“Administrar, organizar, gestionar y prestar directamente o contratar en forma integral con los diferentes actores del sistema de salud, y sus redes de servicios. El conjunto de servicios y tecnologías en salud financiados con recursos de la UPC y el presupuesto máximo, considerando para el pago la respectiva fuente de financiación”*.

Que mediante Resolución 385 del 12 de marzo de 2020, el ministro de Salud y Protección Social declaró el estado de emergencia sanitaria por causa del nuevo coronavirus COVID-19 en todo el territorial nacional hasta el 30 de mayo de 2020 en respuesta a la declaración de la OMS donde clasificó el brote por COVID-19 como una pandemia debido a la alta velocidad de contagio.

Que el crecimiento acelerado del número de caso(sic) está exigiendo una respuesta inmediata de la red de prestadores de salud para prepararse para la atención de los pacientes diagnosticados con COVID-19 en particular de aquellos que vayan a requerir unidad de cuidado intensivo por llegar a un estado crítico.

Que con el fin de garantizar un flujo adecuado de recursos hacia las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud – IPS, mediante la Resolución 500 de 24 de marzo de 2020, este Ministerio incluyó un parágrafo transitorio en el cual establece que la ADRES podrá realizar anticipo de presupuesto máximo, para que las EPS puedan responder con medias inmediatas en materia de concentración de servicios y tecnologías en salud que están siendo financiados con cargo al presupuesto máximo para la atención de pacientes confirmados con coronavirus COVID-19.

Que en Colombia existe libertad de contratación y tarifaria para que las EPS celebren sus negociaciones sobre las condiciones de prestación de los servicios de salud, con los diferentes agentes, los mecanismos de pago y los valores expresos, siempre que se acojan los lineamientos legales señalados en el Decreto 780 de 2016.

Que en mérito de lo expuesto se hace necesario establecer condiciones claras para facilitar que las EPS puedan implementar diferentes formas de contratación y pago, como por ejemplo paquetes, cápita y mecanismos de anticipos, de acuerdo a la normatividad, vigente, que permitan que las IPS y demás agentes que están atendiendo la emergencia por COVID-19 cuenten con los presupuestos necesarios y suficientes para cubrir los gastos que les representa la atención de los pacientes diagnosticados con el mencionado virus.

En mérito de lo expuesto,

## RESUELVE

**Artículo 1. Objeto.** La presente resolución tiene por objeto establecer las condiciones para el manejo integrado de los recursos de la Unidad de Pago por Capitación y los de presupuestos máximos a cargo de las Entidades Promotoras de Salud y Entidades Obligadas a Compensar.

**Artículo 2. Ámbito de aplicación.** Las disposiciones aquí contenidas se aplicarán a las Entidades Promotoras de Salud – EPS o Entidades Obligadas a Compensar - EOC de los Regímenes Contributivo y Subsidiado y a las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud – IPS y a los proveedores de servicios de salud.



**Artículo 3. Contratación integral de servicios y tecnologías en salud.** Las Entidades Promotoras de Salud – EPS o Entidades Obligadas a Compensar – EOC podrán realizar contratos con las IPS y proveedores de servicio y tecnologías en salud, y financiarlos de manera integral con recursos de la UPC, de los presupuestos máximos, así como los demás ingresos operacionales, con el fin de garantizar la integridad y la gestión de la prestación de los servicios de salud.

**Parágrafo 1.** Las EPS deberán garantizar el manejo contable en las unidades de ingreso y gasto de cada una de las fuentes de financiamiento mencionadas en el presente artículos.

**Parágrafo 2.** Las IPS deberán producir los RIPS y facturar de conformidad con la normatividad vigente.

**Parágrafo 3.** El principal mecanismo de seguimiento que utilizará la ADRES para los servicios y tecnologías en salud financiadas con cargo al presupuesto máximo será lo que sea registrado en la plataforma de prescripción –MIPRES, específicamente en los módulos de suministro y facturación. Lo anterior sin perjuicio de los mecanismos de seguimiento, control y auditoría que apliquen las EPS y EOC en el marco de los contratos que realicen.

**Parágrafo 4.** En caso de que se generen giros previos o anticipos por parte de las EPS hacia las IPS o proveedores de servicios y tecnologías en salud, estos deberán legalizar los mismos de acuerdo a los plazos pactados en el contrato y, en caso de aplicar, realizar el cargue de la información en los módulos de suministro y facturación de la herramienta de prescripción -MIPRES.

**Parágrafo 5.** Con el fin de hacer seguimiento la aplicación de nuevas formas de pago, las EPS deberán reportar la modalidad utilizada, así como el beneficiario en el formato que para el efecto definirá la ADRES.

**Artículo 4. Vigencia.** La presente resolución rige a partir de la fecha de su publicación.

### **PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE**

Dada en Bogotá D.C. a los 31 MAR 2020

FERNANDO RUIZ GÓMEZ  
Ministro de Salud y Protección Social

[...].».

### **3. CONSIDERACIONES**

#### **3.1. Competencia**

Este despacho es competente para conocer de la sustanciación y ponencia del medio de control inmediato de legalidad de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 185 del CPACA<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> CPACA, art. 185, num 1: «Trámite del control inmediato de legalidad de actos. Recibida la copia auténtica del texto de los actos administrativos a los que se refiere el control inmediato de



### 3.2. Naturaleza y control de los decretos legislativos expedidos en estado de emergencia

El estado de emergencia económica, social y ecológica es uno de los estados de excepción previstos en el Capítulo 6<sup>3</sup> del Título VII<sup>4</sup> de la Constitución Política de 1991 (arts. 212 a 215). De acuerdo con el artículo 215 de la Carta<sup>5</sup>, este procede cuando sobrevienen hechos distintos a aquéllos que configuran la guerra exterior (CP, art. 212) y la conmoción interior (CP, art. 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.

---

legalidad de que trata el artículo 136 de este Código o aprendido de oficio el conocimiento de su legalidad en caso de inobservancia del deber de envío de los mismos, se procederá así:

1. La sustanciación y ponencia corresponderá a uno de los Magistrados de la Corporación y el fallo a la Sala Plena [...].

<sup>3</sup> «De los estados de excepción».

<sup>4</sup> «De la Rama Ejecutiva».

<sup>5</sup> CP, art. 215: «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, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, declarar el Estado de Emergencia por períodos hasta de treinta días en cada caso, que sumados no podrán exceder de noventa días en el año calendario.

Mediante tal declaración, que deberá ser motivada, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, dictar decretos con fuerza de ley, destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos.

Estos decretos deberán referirse a materias que tengan relación directa y específica con el Estado de Emergencia, y podrán, en forma transitoria, establecer nuevos tributos o modificar los existentes. En estos últimos casos, las medidas dejarán de regir al término de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso, durante el año siguiente, les otorgue carácter permanente.

El Gobierno, en el decreto que declare el Estado de Emergencia, señalará el término dentro del cual va a hacer uso de las facultades extraordinarias a que se refiere este artículo, y convocará al Congreso, si éste no se hallare reunido, para los diez días siguientes al vencimiento de dicho término.

El Congreso examinará hasta por un lapso de treinta días, prorrogable por acuerdo de las dos cámaras, el informe motivado que le presente el Gobierno sobre las causas que determinaron el Estado de Emergencia y las medidas adoptadas, y se pronunciará expresamente sobre la conveniencia y oportunidad de las mismas.

El Congreso, durante el año siguiente a la declaratoria de la emergencia, podrá derogar, modificar o adicionar los decretos a que se refiere este artículo, en aquellas materias que ordinariamente son de iniciativa del Gobierno. En relación con aquellas que son de iniciativa de sus miembros, el Congreso podrá ejercer dichas atribuciones en todo tiempo.

El Congreso, si no fuere convocado, se reunirá por derecho propio, en las condiciones y para los efectos previstos en este artículo.

El Presidente de la República y los ministros serán responsables cuando declaren el Estado de Emergencia sin haberse presentado alguna de las circunstancias previstas en el inciso primero, y lo serán también por cualquier abuso cometido en el ejercicio de las facultades que la Constitución otorga al Gobierno durante la emergencia.

El Gobierno no podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores mediante los decretos contemplados en este artículo.

PARAGRAFO. El Gobierno enviará a la Corte Constitucional al día siguiente de su expedición los decretos legislativos que dicte en uso de las facultades a que se refiere este artículo, para que aquella decida sobre su constitucionalidad. Si el Gobierno no cumpliera con el deber de enviarlos, la Corte Constitucional aprehenderá de oficio y en forma inmediata su conocimiento».



El Gobierno Nacional declara el estado de emergencia a través de un decreto legislativo, con el cual se busca la adopción de medidas con fuerza de ley para conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos.

En este punto se resalta que, tanto los decretos que declaran los estados de excepción, entre ellos el estado de emergencia, como aquellos que concretan las medidas legislativas para remediarlos, son decretos legislativos<sup>6</sup>, los cuales comparten las siguientes **características generales**<sup>7-8</sup>:

- ***En cuanto a su forma***

(i) Deben llevar la firma del presidente de la República y de los ministros de su Gabinete.

(ii) Han de ser motivados, con la expresión de las razones de hecho y de derecho por las cuales se hace la declaratoria respectiva o por las que se adoptan las medidas que la desarrollan. Esos motivos deben guardar correspondencia con los supuestos previstos en la Constitución para la declaración de cada estado de excepción y con las causas concretas que lo originaron.

- ***Respecto de su contenido sustancial***

Aquí es necesario distinguir entre el decreto que declara el estado de excepción de los expedidos con fundamento en dicha declaratoria. Podemos distinguirlos así:

(i) En el decreto legislativo que declara la conmoción interior o la emergencia económica, social y ecológica se debe fijar el tiempo de duración, que podrá ser por períodos de treinta días, los cuales, sumados, no podrán exceder de noventa en el año calendario.

(ii) Los decretos legislativos dictados con fundamento en el estado de excepción que haya sido declarado, deben circunscribirse a las medidas estrictamente necesarias para afrontar y superar la crisis. Igualmente, estas últimas deben ser proporcionales a la gravedad de los hechos y no pueden implicar la suspensión de los derechos humanos ni de las libertades fundamentales, y, en todo caso, deberán respetar las reglas del Derecho Internacional Humanitario.

- ***En lo relativo a su control***

<sup>6</sup> Cfr. C. Const., Sent. C-802, oct. 2/2002.

<sup>7</sup> Cfr. LUIS ENRIQUE BERROCAL GUERRERO, *Manual del acto administrativo*, 7ª ed., Bogotá, Librería Ediciones del Profesional, 2016, pp. 250-251.

<sup>8</sup> Cfr. C. Const, Sents. C-004, may. 7/1992; C-415, sep. 30/1993; C-300, jul. 1 /1994; C-283, jun. 29/1995; C-466, oct. 18/1995; y C-122, mar. 1/1999.



Los decretos legislativos están sujetos a los siguientes controles:

(i) Al judicial de la Corte Constitucional, mediante el control automático, que obliga al Gobierno Nacional a enviarlos a dicha Corporación, al día siguiente de su expedición, y si el Gobierno no cumpliera con ese deber, aquélla aprehenderá de oficio y de forma inmediata su conocimiento.

(ii) Al político del Congreso, que puede hacerse efectivo 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.

Por su parte, las **características específicas** de los decretos legislativos expedidos en el marco del estado de emergencia económica, social o ecológica son las siguientes<sup>9</sup>:

(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. (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.

---

<sup>9</sup> Cfr. LUIS ENRIQUE BERROCAL GUERRERO, *op. cit.*, pp. 253-254.





En la siguiente tabla se pueden observar las características generales de los decretos legislativos expedidos en el marco de los estados de excepción y las específicas de aquéllos relativos al estado de emergencia:

CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LOS DECRETOS LEGISLATIVOS	CARACTERÍSTICAS ESPECÍFICAS DE LOS DECRETOS LEGISLATIVOS DE EMERGENCIA
<p><b>Forma</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Firma del presidente de la República y todos sus ministros.</li> <li>- Deben reflejar expresamente su motivación.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Tienen la misma fuerza jurídica vinculante de ley.</li> <li>- Los que desarrollan el estado de emergencia tienen vigencia indefinida.</li> </ul>
<p><b>Contenido sustancial</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- El decreto legislativo que declara la conmoción interior o el estado de emergencia debe precisar el tiempo de duración.</li> <li>- Las medidas adoptadas en los decretos legislativos que desarrollan los estados de excepción deben ser necesarias y proporcionales a la situación que se pretende remediar. Además, no pueden suspender los DDHH, las libertades fundamentales ni el DIH.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Pueden ser derogados, modificados o adicionados por el Congreso bajo ciertas condiciones.</li> <li>- No pueden desmejorar los derechos sociales de los trabajadores.</li> </ul>
<p><b>Control</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Judicial automático por parte de la Corte Constitucional.</li> <li>- Político del Congreso.</li> </ul>	

### 3.3. Actos internos de la administración y medidas de carácter general ordenadas en ejercicio de la función administrativa en desarrollo de los estados de excepción

De acuerdo con el artículo 20 de la Ley 137 de 1994<sup>10</sup>, además de los decretos legislativos que expide el Gobierno Nacional con el fin de conjurar los estados de excepción, la administración pública puede expedir múltiples medidas de

<sup>10</sup> L. 137/1994, art. 20: «Control de legalidad. 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, tendrán un control inmediato de legalidad, ejercido por la autoridad de lo contencioso administrativo en el lugar donde se expidan si se tratare de entidades territoriales o del Consejo de Estado si emanaren de autoridades nacionales. Las autoridades competentes que los expidan enviarán los actos administrativos a la jurisdicción contencioso-administrativa indicada, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a su expedición»



carácter general con el fin de desarrollar y hacer efectivas las decisiones adoptadas en los decretos legislativos.

Las referidas medidas se pueden expresar desde genuinos actos administrativos de carácter general, hasta en decisiones, comunicaciones o instrucciones, como es el caso de los memorandos, circulares, directivas y otros instrumentos que son manifestaciones del poder jerárquico de la administración. Respecto de las últimas, ese variopinto de expresiones administrativas pueden denominarse como actos internos de la administración (en la jurisprudencia y doctrina administrativa francesa se les denominan *les mesures d'ordre interieur*, o medidas del orden interior<sup>11</sup>).

La finalidad de esos instrumentos es asegurar la cohesión y la coherencia de la actividad administrativa del Estado, sin generar, prima facie, un impacto exterior a ella, que pueda afectar a los administrados. Por lo anterior, tradicionalmente se sostuvo que esas medidas no admiten el control jurisdiccional, pues al no comprometer los derechos de las personas, no se hacía necesario<sup>12</sup>.

En este sentido, en nuestro medio, durante la vigencia del Código Contencioso Administrativo (CCA) y los primeros años del CPACA, esta Corporación (Sección Primera) mantuvo una línea jurisprudencial constante, que indicaba la procedencia restringida del control judicial sobre circulares y otros instrumentos similares, el cual estaba sujeto a la condición de que la medida demandada revistiera el carácter de acto administrativo, entendido este como manifestación de voluntad de la administración dirigida a producir efectos jurídicos, bien sea creando, modificando o extinguiendo una situación jurídica<sup>13</sup>.

Bajo esta línea jurisprudencial, aquellas medidas emanadas de autoridades administrativas, que no fueran genuinos actos administrativos, no podían ser controladas judicialmente y, por lo tanto, las demandas que pretendieran su nulidad debían ser rechazadas e incluso, en ciertos casos, derivaban en fallos inhibitorios.

No obstante, en sentencia del 27 de noviembre de 2014<sup>14</sup>, la Sección Primera del Consejo de Estado cambió la línea jurisprudencial vigente hasta esa fecha respecto del control restringido de esos actos internos de la administración, con

<sup>11</sup> En la tradición anglosajona son conocidas como *soft law* y en nuestro medio algunos doctrinantes las incluyen dentro del denominado «derecho blando». Cfr. ALEXANDER SÁNCHEZ PÉREZ, *Las normas de derecho blando. Un análisis jurídico de los efectos de la reserva de instrucción sobre el derecho territorial*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012, p. 69.

<sup>12</sup> *Ibidem*, pp. 69-70.

<sup>13</sup> Cfr. CE, Sec. Primera, Sent., rad. 52361, feb. 3/2000; Auto, rad. 6375, feb. 1/2001; Sent., rad. 11001-03-25-000-2005-00285-00, mar. 19/2009; Sent., rad. 11001-03-24-000-2007-00193-00, jul. 18/2012; Sent., rad. 11001 0324 000 2009 00614 00, feb. 28/2013; y Sent., rad. 11001-03-24-000-2006-00105-00, nov. 21/2013.

<sup>14</sup> Cfr. CE, Sec. Primera, Sent., rad. 05001 23 33 000 2012 00533 01, nov. 27/2014.



la premisa de que el CPACA introdujo una modificación en el objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo en su artículo 103<sup>15</sup>, sobre la finalidad expresa que tiene esta de preservar el orden jurídico (que no estaba señalada claramente en el artículo 82 del CCA<sup>16</sup>), y además en el artículo 104<sup>17</sup>, que consagró que esta jurisdicción conocerá de las controversias y litigios originados en «actos» sujetos al derecho administrativo (y en este sentido no exclusivamente a «actos administrativos», tal y como lo disponía el artículo 83 del CCA<sup>18</sup>).

De acuerdo con la providencia mencionada, la línea jurisprudencial que restringía el control judicial sobre circulares, directivas, memorandos, etc., establecía un ámbito exento de control para la actuación de la administración pública, lo cual no se acompasa con la idea de un Estado social de derecho en el que las autoridades deben respetar el principio de legalidad (o de juridicidad en sentido amplio).

El despacho considera que esta última línea jurisprudencial tiene máxima importancia cuando se trata del control inmediato de los llamados actos internos, cuando son expedidos con ocasión o desarrollo del estado de emergencia. La relevancia puede advertirse cuando se trata de la función pública (desde la perspectiva del Título V, Capítulo II, artículos 122 y ss. de la Constitución Política), esto es, en el ámbito de las relaciones especiales de sujeción entre los servidores públicos y el Estado empleador. Por ejemplo, puede ocurrir que en ejercicio del poder jerárquico se profieran órdenes que

---

<sup>15</sup> CPACA, art. 103: «Objeto y principios. Los procesos que se adelanten ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tienen por objeto la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la ley y **la preservación del orden jurídico** [...]». (Negrita fuera de texto).

<sup>16</sup> CCA, art. 82: «Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.

Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de Gobierno.

La jurisdicción de lo contencioso administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley. Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, no tendrán control jurisdiccional».

<sup>17</sup> CPACA, art. 104: «De la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados **en actos**, contratos, hechos, omisiones y operaciones, **sujetos al derecho administrativo**, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa [...]». (Negrita fuera de texto).

<sup>18</sup> CCA, art. 83: «Extensión del control. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo juzga los actos administrativos, los hechos, las omisiones, las operaciones administrativas y los contratos administrativos y privados con cláusula de caducidad de las entidades públicas y de las personas privadas que ejerzan funciones administrativas, de conformidad con este estatuto».



afecten o amenacen gravemente la salud de los servidores públicos, al modificar irrazonablemente los horarios de trabajo, o pretermitir las medidas de bioseguridad, inadvertir las circunstancias particularidades de vulnerabilidad frente a la covid-19, como lo es la edad, enfermedades de base (diabetes, cardiopatías, EPOC, etc.). En estos y muchos otros casos, el juez del control inmediato de legalidad debe amparar los derechos fundamentales vulnerados o evidentemente amenazados, sin que tenga que esperar para ello la acción de tutela, puesto que el juez ordinario y, con mayor razón el juez del control inmediato, también puede y debe amparar los derechos fundamentales.

De esta manera, acorde con el objeto de esta jurisdicción, debe entenderse que para efectos del control inmediato de legalidad, las medidas de carácter general expedidas en ejercicio de la función administrativa, como desarrollo de los estados de excepción, señaladas en el artículo 20 de la Ley 137 de 1994, también incluyen a los actos internos de la administración, como circulares, memorandos, directivas y otros documentos similares, que reflejan jerarquía al interior de los órganos estatales. Por esto, la procedibilidad de su revisión judicial no dependerá del tradicional criterio material, en el que estos han de ser actos administrativos para que puedan ser controlados, sino que su examen atenderá a un criterio integral, en el que por ser actos sujetos al derecho administrativo pueden ser inspeccionados judicialmente (CPACA, art. 104).

#### **3.4. 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, prorrogado por el Acuerdo PCSJA20-11549 del 7 de mayo del mismo año**

La tutela judicial efectiva es el derecho que tienen todas las personas a un recurso expedito ante los jueces o tribunales competentes y constituye uno de los pilares básicos del Estado de derecho en una sociedad democrática<sup>19</sup>. Ese derecho tiene fundamento en los artículos 8 (sobre garantías procesales) y 25.1 (protección judicial) de la Convención Americana de los Derechos Humanos.

Respecto de lo anterior, en la sentencia del 29 de septiembre de 1999 proferida por la Corte Interamericana de DDHH, en el caso Cesti Hurtado contra Perú, dicha Corporación señaló que, para que los Estados respeten ese derecho, no basta con que los recursos existan formalmente, sino que, además, deben tener efectividad real.

La Constitución Política de Colombia de 1991 también consagra el derecho fundamental a una tutela judicial efectiva, lo cual se deduce de los artículos 1, 2, 29 y 229 de la Carta.

<sup>19</sup> Cfr. CE, S. Plena, Sent. 110010325000201100316 00 (2011-1210), ago. 9/2016.



Al respecto, la Corte Constitucional ha considerado que el derecho de acceder a la administración de justicia fija un deber de asegurar que los medios judiciales sean efectivos para resolver las controversias planteadas por todas las personas y que este «le impone a las autoridades públicas, como titulares del poder coercitivo del Estado y garante de todos los derechos ciudadanos, la obligación correlativa de promover e impulsar las condiciones para que el acceso de los particulares a dicho servicio público sea real y efectivo»<sup>20</sup>, lo que significa, a su vez, «el compromiso estatal de lograr, en forma real y no meramente nominal, que a través de las actuaciones judiciales se restablezca el orden jurídico y se protejan las garantías personales que se estiman violadas»<sup>21</sup>.

De acuerdo con lo precedente, el despacho, en decisiones previas tomadas respecto de la admisión de este medio de control, a partir del Auto del 15 de abril de 2020 (expediente radicado 11001-03-15-000-2020-01006-00), consideró que desde el punto de vista convencional y constitucional, el control inmediato de legalidad definido en los artículos 20 de la Ley Estatutaria 137 de 1994 y 136 del CPACA<sup>22</sup> 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, era posible, entonces, extender el control judicial a todas aquellas medidas de carácter general dictadas en ejercicio de la función administrativa que no solo se derivaran de los decretos legislativos emitidos por el Gobierno Nacional.

Esto significaba que los actos generales emanados de las autoridades administrativas que tuvieran 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, podía suceder que se presentara la confluencia de propósitos y la superposición de competencias, lo cual autorizaba al juez del control inmediato que avocara el conocimiento con el fin de garantizar la tutela judicial efectiva.

Esta tesis se fundamentó 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

<sup>20</sup> C. Const., Sent. C-426, may. 29/2002.

<sup>21</sup> C. Const., Sent. C-500, jul. 16/2014.

<sup>22</sup> CPACA, art. 136: «Control inmediato de legalidad. 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, tendrán un control inmediato de legalidad, ejercido por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en el lugar donde se expidan, si se tratare de entidades territoriales, o del Consejo de Estado si emanaren de autoridades nacionales, de acuerdo con las reglas de competencia establecidas en este Código.

Las autoridades competentes que los expidan enviarán los actos administrativos a la autoridad judicial indicada, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a su expedición. Si no se efectuare el envío, la autoridad judicial competente aprehenderá de oficio su conocimiento».



desde la declaratoria del estado de emergencia, y en cuarentena nacional obligatoria desde el 24 de marzo de 2020<sup>23</sup>, 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.

En este sentido, las medidas adoptadas por el Consejo Superior de la Judicatura, mediante los Acuerdos PCSJA20-11517, PCSJA20-11518, PCSJA20-11519, PCSJA20-11521, PCSJA20-11526, PCSJA20-11527, PCSJA20-11528 y PCSJA20-11529 de marzo de 2020, prorrogadas por el Acuerdo PCSJA20-11532 del 11 de abril del mismo año, indican que la mayoría de despachos judiciales del país no prestan el servicio al público de manera presencial y se suspendieron los términos en casi todos los procesos, salvo algunas excepciones<sup>24</sup>.

No obstante lo anterior, con el fin de ampliar progresivamente las excepciones a la suspensión de términos atendiendo a la capacidad institucional en las circunstancias actuales y teniendo en cuenta que la legislación vigente, incluidos los diferentes códigos procesales, le dan validez a los actos y actuaciones realizados a través de medios tecnológicos o electrónicos, el Consejo Superior de la Judicatura emitió el Acuerdo PCSJA20-11546 del 25 de abril de 2020, «por medio del cual se prorrogan las medidas de suspensión de términos, se amplían sus excepciones y se adoptan otras medidas por motivos de salubridad pública y fuerza mayor».

<sup>23</sup> Según lo dispuso el Gobierno Nacional a través de los Decretos 457 del 22 de marzo, 531 del 8 de abril, 593 del 24 de abril y 636 del 6 de mayo de 2020.

<sup>24</sup> A. PCSJA20-11532/2020, art. 2: «[...] «1. Acciones de tutela y habeas corpus. Se dará prelación en el reparto a las acciones de tutela que versen sobre derechos fundamentales a la vida, la salud y la libertad. Su recepción se hará mediante correo electrónico dispuesto para el efecto y para su trámite y comunicaciones se hará uso de las cuentas de correo electrónico y herramientas tecnológicas de apoyo.

a. Los despachos judiciales no remitirán los expedientes de acciones de tutela a la Corte Constitucional hasta tanto se levante la suspensión de términos de la revisión eventual.

2. Las actuaciones que adelante la Corte Constitucional con ocasión de la expedición de decretos por el Presidente de la República en ejercicio de las funciones del artículo 215 de la Constitución Política.

3. Las actuaciones que adelanten el Consejo de Estado y los tribunales administrativos con ocasión del control inmediato de legalidad que deben adelantar de conformidad con las competencias establecidas en el artículo 20 de la Ley 137 de 1994 y en los artículos 111, numeral 8, 136 y 151, numeral 14, del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

4. Con relación a la función de control de garantías se atenderán los siguientes asuntos:

a. Audiencias concentradas de legalización de captura, formulación de imputación y solicitudes de medidas de aseguramiento de detención.

b. Prórroga, sustitución y revocatoria de medida de aseguramiento cuya solicitud sea con persona privada de la libertad, siempre que las audiencias se puedan adelantar mediante trabajo en casa de manera virtual.

c. Libertad por vencimiento de términos, siempre que las audiencias se puedan adelantar mediante trabajo en casa de manera virtual».



En el artículo 1 de dicho acuerdo, el Consejo Superior de la Judicatura prorrogó la suspensión de términos judiciales en todo el territorio nacional desde el 27 de abril hasta el 10 de mayo de 2020, aunque en el artículo 5 dispuso excepciones adicionales a las que regían en ese momento en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, así:

«ARTÍCULO 5. Excepciones a la suspensión de términos en materia de lo contencioso administrativo. Se exceptúan de la suspensión de términos prevista en el artículo 1 del presente Acuerdo las siguientes actuaciones en materia de lo contencioso administrativo:

5.1 Las actuaciones que adelanten el Consejo de Estado y los tribunales administrativos, con ocasión del control inmediato de legalidad de conformidad con las competencias establecidas en el artículo 20 de la Ley 137 de 1994 y en los artículos 111, numeral 8, 136 y 151, numeral 14, del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

**5.2. El medio de control de nulidad por inconstitucionalidad contra actos administrativos expedidos desde la declaratoria de la emergencia sanitaria.**

**5.3. El medio de control de nulidad contra los actos administrativos que se hayan expedido desde la declaratoria de la emergencia sanitaria». (Negrita fuera de texto).**

La suspensión de términos volvió a ser prorrogada por el Consejo Superior de la Judicatura a través del Acuerdo PCSJA20-11549 del 7 de mayo de 2020, que dispuso su prolongación hasta el 24 de mayo de la presente anualidad, pero en el artículo 5 de dicho acto administrativo se mantuvieron las excepciones que se acabaron de enunciar y se ampliaron a otros eventos.

De acuerdo con lo precedente, dado que se habilitó la posibilidad de que las personas accedan a la administración de justicia a través de los medios ordinarios para demandar los actos generales emanados de las autoridades públicas (*v. gr.* nulidad simple), ha de entenderse que el control inmediato de legalidad consagrado en los artículos 20 de la Ley 137 de 1994 y 136 del CPACA, procede frente las medidas de carácter general en ejercicio de la función administrativa que se expidan «**como desarrollo de los decretos legislativos durante los Estados de Excepción**», sin incluir a todos aquellos expedidos a partir de la declaratoria de emergencia, con el fin hacer frente a los efectos de la pandemia, que no pendan directamente un decreto legislativo.

En conclusión, en estos casos, a partir del cambio normativo introducido por el Acuerdo PCSJA20-11546 del 25 de abril de 2020, del Consejo Superior de la Judicatura, prorrogado por el Acuerdo PCSJA20-11549 del 7 de mayo de la misma anualidad, el espectro de los actos susceptibles de tener control inmediato de legalidad se limita a aquellos actos generales emitidos para desarrollar directamente los decretos legislativos, al tenor de lo dispuesto en las normas legales antes referidas.

### **3.5. Características esenciales del medio de control inmediato de legalidad**



El control inmediato de legalidad se constituye como una limitación al poder de las autoridades administrativas y es una medida eficaz para impedir la aplicación de normas ilegales en el marco de los estados de excepción<sup>25</sup>.

Con apoyo en lo indicado por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, se pueden compendiar las características esenciales de este medio de control de la siguiente manera<sup>26-27</sup>:

(i) Recae sobre las medidas de carácter general que sean dictadas en ejercicio de la función administrativa (esto es, aquella que no es formalmente legislativa ni judicial, y además se encuentra vinculada directamente con la consecución de los intereses públicos<sup>28</sup>) que se adopten en desarrollo de los decretos legislativos expedidos en los estados de excepción.

(ii) Si se trata de medidas de carácter general emitidas por autoridades nacionales, la competencia es del Consejo de Estado, y si se trata de actos proferidos por autoridades territoriales, es de los respectivos tribunales administrativos.

(iii) Para que se lleve a cabo el control inmediato no es necesario que el acto juzgado haya sido publicado, basta con su expedición.

(iv) No es necesario que alguien ejerza el derecho de acción, toda vez que el medio de control tiene carácter automático e inmediato. Por ello, es obligación de la autoridad administrativa que profiere la medida de carácter general, enviarla en un plazo de 48 horas a partir de su expedición, y si no lo hace, la jurisdicción de lo contencioso administrativo puede asumir su control oficioso.

<sup>25</sup> Cfr. C. Const, Sent., C-179, abr. 13/1994.

<sup>26</sup> Cfr. CE, S. Plena, Sent., rad. 11001-03-15-000-2002-0949-01(CA-004), ene. 28/2003; Auto, rad. 11001-03-15-000-2002-1280-01 (CA-006), ene. 28/2003; Sent., rad. 11001-03-15-000-2009-00305-00(CA), jun. 16/2009; Auto, rad. 11001-03-15-000-2009-00108-00(CA), jun. 16/2009; Sent., rad. 11001-03-15-000-2009-00549-00(CA), oct. 20/2009; Sent., rad. 11001-03-15-000-2009-00732-00(CA), dic. 9/2009; Sent, rad. 11001-03-15-000-2010-00352-00(CA), jun. 1/2010; Sent., rad. 11001-03-15-000-2010-00391-00(CA), oct. 19/2010; Sent., rad. 11001-03-15-000-2010-00347-00(CA), nov. 23/2010; Sent., rad. 11001-03-15-000-2010-00458-00(CA), nov. 23/2010; Sent., rad. 11001-03-15-000-2010-00169-00(CA), feb. 8/2011; Sent., rad. 11001-03-15-000-2010-00170-00(CA), abr. 12/2011; Sent., rad. 11001-03-15-000-2010-00388-00(CA), may. 31/2011; Sent., rad. 11001-03-15-000-2010-00220-00(CA), feb. 27/2012; Sent., rad. 11001-03-15-000-2010-00200-00(CA), mar. 5/2012; y Sent., rad. 11001-03-15-000-2010-00369-00(CA), mar. 5/2012.

<sup>27</sup> Cfr. CONSUELO SARRIA OLCOS, *comentario al artículo 136 del CPACA*, en: JOSÉ LUIS BENAVIDES (editor), *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo Ley 1437 de 2011 comentado y concordado*, 2ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016, pp. 368-373.

<sup>28</sup> ALBERTO MONTAÑA PLATA, *Fundamentos de Derecho administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 100.





(v) Aunque el control se ejerce de manera inmediata y automática, la medida de carácter general en ejercicio de la función administrativa continúa produciendo sus efectos, mientras no sea suspendida a través de una medida cautelar de urgencia<sup>29</sup> o declarada su nulidad.

(vi) Se trata de un control integral en cuanto debe hacerse sobre el fondo y la forma de la medida revisada. Por lo tanto, su juzgamiento deberá realizarse frente a cualquier norma que le sea superior y no solamente respecto del decreto legislativo en el cual se fundamenta.

Igualmente, ha de tenerse en cuenta que el juicio sobre estas medidas no solo es de constitucionalidad y de legalidad, pues también es de razonabilidad. En ese sentido debe aplicarse el test de proporcionalidad para determinar si ella es acorde con el objetivo de la emergencia, y si además existen otras menos lesivas para los derechos y libertades de las personas.

(vii) No obstante que el decreto legislativo, con fundamento en el cual se expidió la medida de carácter general, hubiere sido declarado inexecutable por la Corte Constitucional, la jurisdicción de lo contencioso administrativo debe ejercer el control inmediato que le asigna la ley, con el fin de establecer la legalidad de la medida durante el tiempo que produjo sus efectos.

(viii) La sentencia que decide el medio de control inmediato de legalidad tiene el carácter de cosa juzgada relativa, porque dado su carácter oficioso, no implica el análisis de todos los posibles motivos de contradicción de la medida de carácter general con las normas que le son superiores y, por ello, en el futuro puede ser demandada por cualquier persona en ejercicio de los medios ordinarios como la nulidad simple, con la salvedad de que los reproches deben versar sobre cuestiones distintas a las que se analizaron en el control inmediato<sup>30</sup>.

(ix) Finalmente, respecto de la pertinencia de las medidas cautelares de urgencia, tiene máxima importancia resaltar la necesidad del control inmediato, como lo indica el artículo 185 del CPACA<sup>31</sup>, que regula el procedimiento a

<sup>29</sup> CPACA, art. 234: «Medidas cautelares de urgencia. Desde la presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte, el Juez o Magistrado Ponente podrá adoptar una medida cautelar, cuando cumplidos los requisitos para su adopción, se evidencie que por su urgencia, no es posible agotar el trámite previsto en el artículo anterior. Esta decisión será susceptible de los recursos a que haya lugar.

La medida así adoptada deberá comunicarse y cumplirse inmediatamente, previa la constitución de la caución señalada en el auto que la decreta».

<sup>30</sup> Cfr. CE, S. Plena, Sent., rad. 11001-03-15-000-2010-00196-00(CA), nov. 23/2010.

<sup>31</sup> CPACA, art. 185: «Trámite del control inmediato de legalidad de actos. Recibida la copia auténtica del texto de los actos administrativos a los que se refiere el control inmediato de legalidad de que trata el artículo 136 de este Código o aprendido de oficio el conocimiento de su legalidad en caso de inobservancia del deber de envío de los mismos, se procederá así:

1. La sustanciación y ponencia corresponderá a uno de los Magistrados de la Corporación y el fallo a la Sala Plena.



seguir por la jurisdicción de lo contencioso administrativo con el fin de evitar la generación de situaciones administrativas que requieran de una corrección posterior y que pudieron evitarse de haberse contado con la decisión judicial de manera oportuna<sup>32</sup>. No obstante, los términos regulados en el artículo 185 del CPACA no enaltecen la celeridad esperada porque suman 65 días, lo cual contradice el sentido común de los términos máximos previstos en el artículo 215 de la Constitución Política, el cual indica que la declaratoria del estado de emergencia de orden económico, social, ecológico y grave calamidad pública, podrá ser decretado por periodos hasta de treinta días en cada caso, que sumados no podrán exceder de 90 días en el año calendario.

Por esta razón, ante la evidente posibilidad de un tardío control de legalidad, el juez puede considerar que, en algunos casos, sea pertinente adoptar una medida cautelar de urgencia, tal y como lo autoriza el artículo 234 del CPACA. El Ministerio Público o cualquier ciudadano podrá presentar la solicitud dentro del término de diez días de fijación del aviso indicado en el numeral 2 del artículo 185 del CPACA<sup>33</sup>. Incluso, el juez en un caso evidente podrá decretar la medida cautelar de oficio, lo cual significa que se trata de una interesante excepción a la regla general de petición de parte cuando se trata de medidas cautelares, todo lo anterior con el fin de garantizar la tutela judicial efectiva.

---

2. Repartido el negocio, el Magistrado Ponente ordenará que se fije en la Secretaría un aviso sobre la existencia del proceso, por el término de diez (10) días, durante los cuales cualquier ciudadano podrá intervenir por escrito para defender o impugnar la legalidad del acto administrativo. Adicionalmente, ordenará la publicación del aviso en el sitio web de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

3. En el mismo auto que admite la demanda, el Magistrado Ponente podrá invitar a entidades públicas, a organizaciones privadas y a expertos en las materias relacionadas con el tema del proceso a presentar por escrito su concepto acerca de puntos relevantes para la elaboración del proyecto de fallo, dentro del plazo prudencial que se señale.

4. Cuando para la decisión sea menester el conocimiento de los trámites que antecedieron al acto demandado o de hechos relevantes para adoptar la decisión, el Magistrado Ponente podrá decretar en el auto admisorio de la demanda las pruebas que estime conducentes, las cuales se practicarán en el término de diez (10) días.

5. Expirado el término de la publicación del aviso o vencido el término probatorio cuando este fuere procedente, pasará el asunto al Ministerio Público para que dentro de los diez (10) días siguientes rinda concepto.

6. Vencido el traslado para rendir concepto por el Ministerio Público, el Magistrado o Ponente registrará el proyecto de fallo dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha de entrada al Despacho para sentencia. La Sala Plena de la respectiva Corporación adoptará el fallo dentro de los veinte (20) días siguientes, salvo que existan otros asuntos que gocen de prelación constitucional».

<sup>32</sup> Cfr. MÓNICA SAFAR DÍAZ, *comentario al artículo 185 del CPACA*, en: JOSÉ LUIS BENAVIDES (editor), *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo Ley 1437 de 2011 comentado y concordado*, cit, pp. 496-497.

<sup>33</sup> CPACA, art. 185, núm. 2: «Trámite del control inmediato de actos: [...] 2. Repartido el negocio, el Magistrado Ponente ordenará que se fije en la Secretaría un aviso sobre la existencia del proceso, por el término de diez (10) días, durante los cuales cualquier ciudadano podrá intervenir por escrito para defender o impugnar la legalidad del acto administrativo. Adicionalmente, ordenará la publicación del aviso en el sitio web de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo».



Las características esenciales del medio de control inmediato de legalidad se resumen así:

<b>CARACTERÍSTICAS ESENCIALES DEL MEDIO DE CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD</b>	
<b>Objeto del control</b>	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, mientras mantuvieron sus efectos.
<b>Competencia</b>	Medidas adoptadas por autoridades nacionales: Consejo de Estado. Medidas adoptadas por autoridades territoriales: Tribunales administrativos.
<b>Momento a partir del cual puede ser ejercido el control judicial</b>	A partir de la expedición de la medida. Para tales efectos la autoridad administrativa debe enviarla a la jurisdicción dentro de las 48 horas siguientes, so pena de que sea aplicado el control judicial de manera oficiosa.
<b>Efectos del ejercicio del control inmediato de legalidad sobre las medidas</b>	No suspende sus efectos mientras se adelanta el proceso, salvo que se decrete una medida cautelar de urgencia.
<b>Marco jurídico para la revisión de las medidas</b>	Todo el ordenamiento jurídico, lo que incluye la razonabilidad y proporcionalidad de las medidas.
<b>Alcance de la cosa juzgada de la sentencia que decide el medio de control inmediato de legalidad</b>	Relativo a las normas que fueron analizadas en el control inmediato.
<b>El juez podrá decretar medida cautelar de urgencia, de oficio o a petición de parte.</b>	El Ministerio Público o cualquier ciudadano podrá solicitarla dentro del término de diez días de fijación del aviso indicado en el numeral 2 del artículo 185 del CPACA. Para garantizar la tutela judicial efectiva el juez podrá decretar de la medida cautelar de oficio.

### 3.6. Caso concreto

En primer lugar, el despacho observa que la Resolución 00535 del 31 de marzo de 2020 «por la cual se establecen las condiciones para el manejo integrado de los recursos de la Unidad de Pago por Captación y los de presupuestos máximos a cargo de las Entidades Promotoras de Salud», expedida por el ministro de salud y protección social, se expidió en vigencia del Decreto Legislativo 417 del 17 de



marzo de este año, por el cual se declaró la emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional.

En segundo lugar, se advierte que, si bien se invocaron las facultades ordinarias conferidas en el numeral 3 del artículo 173 de la Ley 100 de 1993, el artículo 4 de la Ley 1438 de 2011, el numeral 34 del artículo 2 Decreto –Ley 4107 de 2011, modificado por el artículo 2 del Decreto 2562 de 2012 Decreto –Ley 4107 de 2011, lo cierto que en la Resolución 00535 del 31 de marzo de 2020 se adoptan medidas relacionadas con el manejo de los recursos de la Unidad por Pago por Capitación UPC y de los presupuestos máximos a cargo de las Entidades Promotoras de Salud EPS y de las Entidades Obligadas a Compensar EOC, en el marco de la emergencia económica, social y ecológica, es decir, se trata de decisiones que obedecen a situaciones excepcionales que de ordinario no se presentan.

En efecto, este tipo de disposiciones no corresponden únicamente a medidas en materia sanitaria, en atención a la emergencia declarada por la Resolución 385 del 12 de marzo de 2020, sino que anuncia respuestas en materia de recursos económicos por el aumento de la demanda de los servicios de salud que demandan la Covid-19. Para ello, el acto en cuestión sostiene que está orientado a ofrecer condiciones que buscan facilitar a las EPS la implementación de diferentes formas de contratación y pago, y de esta manera, permitir a las IPS contar con los recursos necesarios para cubrir los gastos que generará la atención de los casos de esta enfermedad.

Por esta razón, el acto bajo estudio debe ser objeto de examen judicial a través del medio de control inmediato de legalidad y se avocará su conocimiento.

En mérito de lo expuesto, el despacho:

## RESUELVE

**PRIMERO. AVOCAR CONOCIMIENTO**, en única instancia, del medio de control inmediato de legalidad consagrado en el artículo 136 del CPACA respecto de la la Resolución 00535 del 31 de marzo de 2020 «por la cual se establecen las condiciones para el manejo integrado de los recursos de la Unidad de Pago por Captación y los de presupuestos máximos a cargo de las Entidades Promotoras de Salud» expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social.

**SEGUNDO. NOTIFICAR** este auto, personalmente o a través de los diferentes medios virtuales que en estos momentos estén a disposición de la Secretaría General del Consejo de Estado, al ministro de salud y protección social o a



quien haga sus veces, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 185 y 186 del CPACA.

**TERCERO. NOTIFICAR** este auto, personalmente o a través de los diferentes medios virtuales que en estos momentos estén a disposición de la Secretaría General del Consejo de Estado, al señor representante legal, o quien haga sus veces, de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, en atención a lo estatuido en el artículo 199 del CPACA, modificado por el 612 de la Ley 1564 de 2012.

**CUARTO. NOTIFICAR** este auto, personalmente o a través de los diferentes medios virtuales que en estos momentos estén a disposición de la Secretaría General del Consejo de Estado, al Ministerio Público, como lo disponen los artículos 171 y 185 del CPACA.

**QUINTO. CORRER** traslado por 10 días a Ministerio de Salud y Protección Social, en los términos del artículo 185 del CPACA, plazo dentro del cual la Corporación podrá pronunciarse sobre la legalidad de la Resolución 00535 del 31 de marzo de 2020 «por la cual se establecen las condiciones para el manejo integrado de los recursos de la Unidad de Pago por Captación y los de presupuestos máximos a cargo de las Entidades Promotoras de Salud».

**SEXTO. INFORMAR** al Ministerio de Salud y Protección Social que, al pronunciarse sobre la legalidad de la Resolución 00535 del 31 de marzo de 2020, debe aportar todas las pruebas que tengan en su poder y pretenda hacer valer en el proceso, de conformidad con el artículo 175 del CPACA.

Igualmente, está en la obligación legal de suministrar los antecedentes administrativos de la referida resolución, si los hay, so pena de las sanciones establecidas en la mencionada norma.

**SÉPTIMO. INFORMAR** a la comunidad en general sobre la existencia de este proceso, por medio de aviso publicado en la Secretaría General del Consejo de Estado por 10 días, y a través de los diferentes medios virtuales que en estos momentos estén a disposición de la Secretaría, según lo regulado en los artículos 185 y 186 del CPACA; término durante el cual cualquier ciudadano podrá intervenir por escrito para defender o impugnar la legalidad de la Resolución 00535 del 31 de marzo de 2020, emitida por el ministro de salud y protección social. En el mismo sentido, dado el estado de emergencia, por economía procesal y con el fin de agilizar el trámite, el Ministerio Público podrá rendir concepto.

**OCTAVO. ORDENAR** al ministro de salud y protección social, a quien haga sus veces, o a quien se delegue para tales efectos, que, a través de la página web oficial de esa entidad estatal, se publique este proveído a fin de que todos los



interesados tengan conocimiento de la iniciación del «control inmediato de legalidad» de la Resolución 00535 del 31 de marzo de 2020 proferida por el Ministerio de Salud y Protección Social. La Secretaría General del Consejo de Estado requerirá a la referida Corporación para que presente un informe sobre el cumplimiento de esta orden.

**NOVENO.** Las comunicaciones, oficios, memoriales, escritos, conceptos, pruebas documentales y demás, con ocasión del presente trámite judicial, se reciben en las siguientes cuentas de correo electrónico del Consejo de Estado y del Despacho Sustanciador: : «[secgeneral@consejoestado.ramajudicial.gov.co](mailto:secgeneral@consejoestado.ramajudicial.gov.co)» y «[notifwhernandez@consejoestado.ramajudicial.gov.co](mailto:notifwhernandez@consejoestado.ramajudicial.gov.co)».

### **Notifíquese y cúmplase**

**WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ  
FIRMA ELECTRÓNICA**

CONSTANCIA: La presente providencia fue firmada electrónicamente por el ponente en la plataforma del Consejo de Estado denominada SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del CPACA.