



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL DEPARTAMENTO
ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y
SANTA CATALINA**

SIGCMA

Auto No. 116

San Andrés Isla, octubre quince (15) de 2020

Medio de Control	Control Inmediato de Legalidad
Radicado	88-001-23-33-000-2020-00064-00
Acto	Decreto 0165 del 11 de mayo del 2020, “Por el cual se Imparten instrucciones y se mantienen las medidas transitorias en el departamento archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina por causa del coronavirus covid-19 y se dictan otras disposiciones.”
Magistrado Ponente	Jesús Guillermo Guerrero González

I. - OBJETO DE LA DECISIÓN

Una vez surtido el trámite legal sin que se perciban irregularidades que anulen lo actuado, procede el Despacho a decidir sobre el control inmediato de legalidad del Decreto 0165 del 11 de mayo de 2020, expedido por el Gobernador del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina en el marco del estado de emergencia económica y social instaurado en el territorio nacional a través del Decreto Ley No 417 del 17 de marzo de la presente anualidad.

II.- ANTECEDENTES

Recibidos a través de la Oficina de Coordinación Judicial de este Circuito el día 04 de junio de los corrientes y habiendo sido repartido al Despacho del Magistrado ponente el 06 de junio de la misma anualidad, el proceso de la referencia fue admitido por auto 057 del 16 de junio de 2020, en dicha providencia se ordenó la notificación a los sujetos procesales pertinentes.

Visibles dentro del archivo PDF “07estado59” del expediente digital reposan los acuses de recibido de las notificaciones realizadas por la Secretaría General de esta Corporación, resaltando que ninguno de los sujetos procesales emitió concepto alguno.

Cumplidos entonces los trámites establecidos en el artículo 185 de la Ley 1437 de 2011, se procede a ejercer control de legalidad sobre el Decreto 143 de marzo 31 de 2020.

III.- CONSIDERACIONES

COMPETENCIA

De acuerdo al artículo 151 -14 del CPACA, esta Corporación es competente para para ejercer en única instancia el control inmediato de legalidad descrito en el artículo 136 ibidem por tener los actos enjuiciados un carácter general y haber sido proferido por una autoridad territorial (Gobernador del Archipiélago) en ejercicio de autoridad administrativa.

- Alcance del Control inmediato de Legalidad

La Constitución Política al ocuparse de los Estados de Excepción dispuso una serie de controles de orden político y jurídico, a los cuales deben someterse desde la decisión mediante la cual se produce la declaratoria del Estado de Excepción, los decretos legislativos que dicte el Gobierno en uso de las facultades constitucionalmente conferidas, hasta 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, actos estos últimos respecto de los cuales se ocupó el Legislador Estatutario al establecer en el artículo 20 de la Ley 137 de 1994 la figura del control oficioso e inmediato de legalidad sobre los mismos.

La Corte Constitucional en sentencia C-179 de 1994, señaló que el control inmediato de legalidad de los actos administrativos que se expidan como desarrollo de los decretos legislativos dictados por el Presidente de la República durante los estados de excepción, constituye una limitación al poder de las autoridades administrativas, y es una medida eficaz con la cual se busca impedir la aplicación de normas ilegales. Al realizar la revisión del precepto incluido en el proyecto de la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción, precisó lo siguiente:

“(…) Pues bien, en los incisos primero y segundo del artículo que se revisa, se consagra el control automático de legalidad de los actos administrativos que se expidan como desarrollo de los decretos legislativos dictados por el Presidente de la República durante los estados de excepción, el cual será ejercido por la jurisdicción contencioso administrativa, de acuerdo con la competencia que allí se fija. Estas disposiciones no atentan contra la Ley Suprema y, por el contrario, encajan dentro de lo contemplado en el artículo 237 de la Carta, que le atribuye al Consejo de Estado las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo, y el conocimiento de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya

competencia no corresponda a la Corte Constitucional, al igual que el cumplimiento de las demás funciones que le asigne la ley.”.

El control es automático como lo ha reiterado la jurisprudencia del Consejo de Estado con fundamento en el artículo 20 de la Ley 137, en cuyo tenor se dice que es “inmediato”, porque tan pronto se expide la norma, el Gobierno debe remitirla a esta jurisdicción para ejercer el examen de legalidad correspondiente. Se trata de un control oficioso que no opera por vía de acción, es decir, no está sujeto a la presentación de una demanda contenciosa que demarque los límites para el juicio de la legalidad del acto, y por tanto es integral en relación con los decretos legislativos respectivos y el art. 215 de la CP.

Es en este orden de ideas, un control automático que constituye garantía para los derechos de los ciudadanos y para el mantenimiento de la legalidad en abstracto frente a los poderes del ejecutivo durante los estados de excepción. La Sala Plena del Consejo de Estado al referirse a los alcances del control automático de juridicidad practicado por dicha corporación respecto de los decretos proferidos por el Gobierno Nacional como desarrollo de los decretos legislativos que se dictan durante los estados de excepción, señaló como rasgos característicos del control inmediato de legalidad, entre otros, su carácter jurisdiccional, su integralidad, su autonomía, su inmediatez o automaticidad, su oficiosidad, el tránsito a cosa juzgada relativa, y “su compatibilidad y/o coexistencia con los cauces procesales ordinarios a través de los cuales resulta posible que cualquier ciudadano cuestione la legalidad de los actos administrativos”. Así, en sentencia de 20 de octubre de 2009¹, indicó lo siguiente:

“De acuerdo con esta regla son tres los presupuestos requeridos para la procedencia del control inmediato de legalidad, a saber:

- 1. Que se trate de un acto de contenido general.*
- 2. Que el mismo se haya dictado en ejercicio de la función administrativa, y*
- 3. Que el acto tenga como fin el desarrollar uno o más de los decretos legislativos expedidos en los estados de excepción”*

¹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, CP: Mauricio Fajardo Gómez Sentencia de veinte (20) de octubre de dos mil nueve (2009) Radicación numero: 11001-03-15- 000-2009-00549-00.

Asimismo, los rasgos en virtud de los cuales la jurisprudencia del Consejo de Estado ha caracterizado el mencionado control inmediato son:

(i) Su carácter jurisdiccional, habida cuenta de que el examen del acto respectivo se realiza a través de un proceso judicial, de suerte que la naturaleza jurídica de la decisión mediante la cual se resuelve el asunto es una sentencia y los efectos propios de este tipo de providencias serán los que se produzcan en virtud de la decisión que adopte la Jurisdicción acerca de la legalidad del acto controlado;

(ii) Su integralidad, en la medida en que los actos enjuiciados “deben confrontarse con todo el ordenamiento jurídico” y la fiscalización que debe acometer el juez administrativo respecto del acto respectivo incluye “... *la revisión de aspectos como la competencia para expedirlo, el cumplimiento de los requisitos de forma y de fondo, la conexidad de las medidas que se dicten con las causas que dieron origen a su implantación, el carácter transitorio y la proporcionalidad de las mismas, así como su conformidad con el resto del ordenamiento jurídico, siempre bajo el entendido de que ellas hacen parte de un conjunto de medidas proferidas con la exclusiva finalidad de “conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos”*”²;

(iii) Su autonomía, consistente en que resulta “*posible realizar su revisión antes de que la Corte Constitucional se pronuncie sobre la exequibilidad del decreto declaratorio del estado de excepción y de los decretos legislativos que lo desarrollan*”³; lo anterior sin perjuicio de que deban acatarse y respetarse los efectos del fallo de constitucionalidad respectivo si éste ya se ha proferido o en el momento en el cual se profiera, pero sin que ello suponga la existencia de prejudicialidad alguna del juicio de constitucionalidad que adelanta la Corte Constitucional en relación con el proceso que adelanta el Juez Administrativo.

(iv) Su inmediatez o automaticidad, reflejada en el deber legal impuesto a las autoridades que expidan el correspondiente acto administrativo para efecto de que lo remitan a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo “dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a su expedición” —artículo 20 de la Ley 137 de 1994—; en relación con esta particularidad del mecanismo de control judicial aludido, el Consejo de Estado ha pronunciado:

“el control es automático, o como lo dice el art. 20 de la ley 137: “inmediato”, porque tan pronto se expide la norma el Gobierno debe remitirlo a esta jurisdicción para ejercer el examen de legalidad correspondiente. Ahora, esta clase de control tiene las siguientes características:

² Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 3 de mayo de 1999; Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque; Radicación número: CA- 011.

³ Ibidem

i) No impide la ejecución de la norma, pues hasta tanto se anule permanece dotada de la presunción de validez que acompaña a los actos administrativos.

ii) No es requisito que se encuentre publicado en el diario o gaceta oficial para que proceda el control, ya que una cosa es la existencia del acto y otra su publicidad con fines de oponibilidad y exigibilidad. En tal sentido, la condición para que pueda controlarse es que se haya expedido, no que esté produciendo efectos.

iii) También es automático o inmediato porque no se requiere de una demanda de nulidad para que la jurisdicción asuma el control. Por el contrario, la jurisdicción aprehende el acto, para controlarlo, aún contra la voluntad de quien lo expide, y sin limitación en cuanto a la legitimación por activa o por pasiva, ya que quien ordena hacer el control es la ley misma, no una demanda formal”⁴

(v) Su oficiosidad, consistente en que si la entidad autora del acto incumple con el precitado deber de envío del mismo a esta Jurisdicción, el juez competente queda facultado para asumir el conocimiento de las decisiones respectivas de forma oficiosa *“o, incluso, como resultado del ejercicio del derecho constitucional de petición formulado ante él por cualquier persona”⁵*.

(vi) El tránsito a cosa juzgada relativa que, en línea de principio y según lo que defina el juez competente en cada caso concreto, deberá predicarse de la sentencia mediante la cual se resuelve el fondo del asunto; ello habida consideración de que si bien el control automático o “inmediato” en cuestión, según se ha explicado, tiene por objeto establecer la conformidad del acto examinado para “con el resto del ordenamiento jurídico”, razones tanto de índole pragmático —la práctica imposibilidad para el juez administrativo, por erudito y versado que pueda catalogársele, de llevar a cabo una confrontación real, efectiva y razonada del acto administrativo fiscalizado con todo precepto existente de rango constitucional o legal, (...) como de contenido estrictamente jurídico, justifican que el Juez de lo Contencioso Administrativo ejerza la facultad que, sin lugar a la menor hesitación, le concierne, consistente en fijar, en cada caso, los efectos de sus pronunciamientos, en claro paralelismo con la competencia que en esta materia ha conceptualizado la Corte Constitucional a fin de precisar los efectos de sus proveídos, en desarrollo de postulados constitucionales cuya operatividad, tratándose de las decisiones proferidas por el juez administrativo, no ofrece mayor discusión.

⁴ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 16 de junio de 2009; Consejero Ponente: Enrique Gil Botero; Ref.: 11001-03-15-000-2009-00305-00.

⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 7 de febrero de 2000; Radicación: CA-033.

(vii) Como corolario de lo anterior, la última de las características del control judicial inmediato de legalidad en comento la constituye su compatibilidad y/o coexistencia con los cauces procesales ordinarios a través de los cuales resulta posible que cualquier ciudadano cuestione la legalidad de los actos administrativos, de conformidad con lo establecido en los artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 (...); en cuanto se refiere a la acción pública de nulidad, cabe señalar que la misma puede ejercerse, entonces, en contra de los actos administrativos que se adopten en desarrollo de aquellos decretos legislativos que, a su turno, se dicten al amparo de un estado de excepción, por lo menos atendidas las siguientes razones:

- En primer término, dado que, según se explicó, el Juez de lo Contencioso Administrativo tiene atribuida la potestad de señalar cuáles son los efectos de sus sentencias y, consecuentemente, cuando hubiere lugar a ello, de establecer que las mismas hacen tránsito a cosa juzgada relativa;
- En segundo lugar, comoquiera que, desde una perspectiva estrictamente exegética, las disposiciones legales mencionadas que contenida en el artículo 136 del CPACA no efectúa distinción alguna acerca del tipo de actos administrativos en contra de los cuales procede instaurar la acción pública de nulidad, carecería de fundamento normativo que el intérprete introdujese una diferenciación de tal naturaleza, para excluir a los actos administrativos que se dicten en desarrollo de los decretos legislativos que, a su vez, se expiden dentro de un estado de excepción.

Examen de Legalidad del Decreto 0165 del 11 de mayo de 2020.

El Decreto 165 del 11 de mayo de la presente anualidad fue expedido por el Gobernador del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina en ejercicio de las facultades conferidas en artículo 325 de la Constitución Política, arts 43 y 45 de la Ley 715 de 2001.

Conforme lo anterior, previo al control de legalidad sobre el contenido del decreto bajo estudio el Despacho recuerda los requisitos de procedibilidad propios del medio de control inmediato de legalidad ya referidos:

1. *Que se trate de un acto de contenido general.*
2. *Que el mismo se haya dictado en ejercicio de la función administrativa, y*
3. *Que el acto tenga como fin el desarrollar uno o más de los decretos legislativos expedidos en los estados de excepción* (Subrayas del Despacho)

Sin duda, desde el punto de vista estrictamente procesal, el estudio de admisibilidad propio de un trámite así calificado -inmediato-, al punto de que se activa por remisión que se hace dentro de las 48 horas siguientes a la expedición de la medida, no podría ser concebido y realizado sino como un análisis meramente formal.

Ahora bien, cosa distinta ocurre en la etapa procesal en la que nos encontramos, pues una lectura sistemática de la Ley Estatutaria 137 de 1994 da cuenta de que no cualquier medida que satisfaga las tres condiciones meramente formales ya detalladas es, también desde el punto de vista material, objeto de control inmediato de legalidad por parte de los Tribunales Administrativos.

Es dentro de la tercera de las características ya reseñadas que se encuentra inmerso un presupuesto de **procedibilidad material** del control de excepción, cuyo examen bien podría postergarse para el momento de la decisión de fondo, comoquiera que consiste en definir, desde el punto de vista del contenido y alcance de la decisión administrativa adoptada, que ésta implicó en la práctica el ejercicio de *“poderes extraordinarios del Estado”* o de *“facultades excepcionales del Gobierno”*, tal como indistintamente lo califica el artículo 2 de la Ley Estatutaria 137 de 1994, pues solamente respecto de decisiones de tamaña trascendencia es que el legislador estatutario autorizó este poder regulatorio excepcional y, por ende, su control inmediato.

Ciertamente, de acuerdo con el tenor literal de la última disposición citada, las facultades de excepción, tanto para las autoridades nacionales como para las entidades territoriales, reciben ese nombre porque la administración debe enfrentar mediante ellas circunstancias extraordinarias de tal magnitud que hacen imposible el mantenimiento de la normalidad *“mediante los poderes ordinarios del Estado”*. Dicho en otras palabras, se trata de medidas que desbordan las competencias ordinarias de las autoridades nacionales y de los entes territoriales.

En este punto conviene precisar con toda claridad que no toda medida que se adopte en el marco de un estado de excepción o con justificación en él es, per se, excepcional. Así lo entiende el artículo 9 de la Ley Estatutaria 137 de 1994, el cual, en plena concordancia con el artículo 2 ya comentado, prevé que *“Las facultades a que se refiere esta ley no pueden ser utilizadas siempre que se haya declarado el estado de excepción sino, únicamente, cuando se cumplan los principios de finalidad, necesidad, proporcionalidad, motivación de incompatibilidad, y se den las condiciones y requisitos a los cuales se refiere la presente ley”*

Nótese cómo una lectura conjunta de los artículos 2 y 9 de la Ley Estatutaria 137 de 1994 impone entender que, si bien es cierto que, por decisión del legislador estatutario, con ocasión del estado de excepción se habilita a los mandatarios del orden nacional y territorial para tomar cierto tipo de decisiones administrativas, estas pueden ser, o bien adoptadas en ejercicio de competencias ordinarias o bien adoptadas en ejercicio de competencias extraordinarias, claro está, en uno y otro caso bajo el entendido de que son estrictamente necesarias para desarrollar y hacer efectivas las decisiones adoptadas en los decretos legislativos que expide el Gobierno Nacional.

Así como es claro que no toda la normatividad que produce el Gobierno nacional al interior de un estado de excepción es expedida en calidad de legislador extraordinario, independientemente de que ella pueda ser útil para conjurar la crisis decretada, del mismo modo debe entenderse que no toda medida de carácter general proferida por las entidades territoriales durante periodo de excepción desarrollan la legislación extraordinaria, así estas medidas en la práctica contribuyan y/o aporten soluciones a la situación de anormalidad.

Dicho en otras palabras, las facultades excepcionales no pueden ser ni la regla general de conducta administrativa en los estados de excepción, ni mucho menos la única competencia o la única posibilidad de acción de la administración. Y esto por la sencilla razón de que, salvo disposición legislativa expresa en contrario, es claro que durante los estados de excepción, por más graves que sean las causas que los originan, las competencias ordinarias no pueden entenderse, per se, derogadas o suspendidas.

Por ello, se insiste, los actos que son objeto de revisión judicial por vía del control inmediato de legalidad son aquellos que, desde el punto de vista material, son verdaderas medidas excepcionales. Medidas excepcionales dentro de la excepcionalidad, para decirlo en términos más gráficos.

Se debe examinar, entonces, si el Decreto 165 del 11 de mayo de 2020 del gobernador del este departamento insular contiene una medida administrativa de carácter general que en la práctica haya implicado el ejercicio de un poder extraordinario del Estado o de una facultad excepcional del Gobierno. Dicho en otras palabras, que dicha medida no haya sido resultado del ejercicio de una competencia meramente ordinaria propia de las instituciones jurídicas del estado de normalidad.

Pues bien, revisadas en detalle las consideraciones que de manera expresa motivaron el decreto en cuestión, se tiene que en su literalidad se pretendió el cumplimiento del decreto presidencial 636 del 6 de mayo de esta anualidad, instaurando el denominado *“aislamiento preventivo obligatorio”*

Sin embargo de la naturaleza de las medidas instauradas, no resulta apreciable para este Despacho el uso de medidas o facultades extraordinarias a modo de desarrollo de los decretos legislativos vigentes a la fecha de su expedición, su nacimiento y desarrollo atendió a facultades preexistentes al estado de excepción que para entonces persistente en el territorio nacional, sin que la implementación de los procedimientos administrativos relacionados en el decreto bajo estudio, corresponda una limitación, creación o modificación de circunstancias de derecho cuya implementación obedezca a la coyuntura de manera exclusiva con el estado de excepción ya mencionado.

Dicho de forma mas simplista, si bien la finalidad de las medias administrativas tomadas por el señor gobernador de esta ínsula guardan estricta relación con la mitigación y atención de los efectos generados por la pandemia Covid-19, las facultades para su proceder no son el desarrollo directo y exclusivo de las facultades extraordinarias conferidas al presidente de la republica en el marco de los estados de excepción y materializados a través de sus decretos legislativos, significando que la existencia del Decreto 165 de 2020 no se debe en sí mismo al referido estado de excepción, mas allá de una redacción simplista de los considerandos en él decantados ya que de la naturaleza final de las medidas adoptadas (toque de queda/ restricción circulación de ciudadanos) su razón de ser reside de forma autónoma e independiente en las facultades legales como aquellas previstas en la Ley 1523 de 2012, materializadas en conjunción a las facultades de policía descritas para gobernadores y alcaldes en la Ley 1801 de 2016.

Se concluye entonces que el acto objeto de estudio no confiere facultades extraordinarias o coyunturales que modifique o rebase aquellas de naturaleza legal y preexistentes, situación que desdice sobre la procedibilidad del presente medio de control inmediato de legalidad.

En consecuencia, el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina

V.- RESUELVE.

PRIMERO: Decrétese la Nulidad del Auto 057 del 16 de junio de 2020.

SEGUNDO: RECHÁCESE por improcedente el presente medio de control inmediato de legalidad

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


JESÚS GUILLERMO GUERRERO
GONZÁLEZ
Magistrado