



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL MAGDALENA
Magistrada sustanciadora: MARIBEL MENDOZA JIMÉNEZ

Santa Marta D.T.C.H., quince (15) de enero de dos mil diecinueve (2019)

Expediente: 47-001-2333-000-2018-00413-00
Demandante: EDGAR MANUEL BARROS PAVAJEAU
Demandado: DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA
Medio de control: NULIDAD

Visto el informe Secretarial que antecede, procede la Sala a pronunciarse sobre la admisión de la demanda y la solicitud de suspensión provisional de los efectos de los actos demandados.

ANTECEDENTES

En ejercicio del medio de control de Nulidad por Inconstitucionalidad, el abogado EDGAR MANUEL BARROS PAVAJEAU, en su condición de ciudadano colombiano, interpone demanda para solicitar la declaratoria de nulidad de los Decretos números 0651 del 30 de noviembre de 2018 "Por medio del cual se convoca a la Asamblea Departamental a sesiones extraordinarias", 0652 del 3 de diciembre de 2018 "Por medio del cual se modifica y aclara el ítem 1 del artículo segundo del Decreto número 0651 del 30 de noviembre de 2018, 0658 del 4 de diciembre de 2018 "por medio del cual se modifica el Decreto 0651 del 2018, mediante el cual se convocó a la Asamblea Departamental a sesiones extraordinarias" y 0665 del 7 de diciembre de 2018 "Por medio del cual se modifica el Decreto 0651 del 2018, mediante el cual se convocó a la Asamblea Departamental a sesiones extraordinarias", proferidos por la Gobernadora del Departamento del Magdalena.

Argumenta el actor, que los actos acusados vulneran el artículo 163 de la Constitución Política, por cuanto el trámite de urgencia de un proyecto de ley, radica única y exclusivamente del Presidente de la Republica y no en la Gobernadora del Departamento del Magdalena, pues según el artículo 305 de la Constitución Política las funciones y facultades de los gobernadores se encuentran taxativas, en las que

no se encuentra la potestad para señalar mensajes de urgencia para el trámite de proyectos de ordenanza.

CONSIDERACIONES

El numeral segundo del artículo 237 de la Constitución Política¹ le atribuyó al Consejo de Estado la competencia para actuar como juez de la constitucionalidad de los Decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no le corresponda a la Corte Constitucional.

Por su parte el numeral quinto del artículo 111 de la Ley 1437 de 2011, establece como función de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, la de conocer de la nulidad por inconstitucionalidad que se promueva contra los decretos cuyo control no corresponda a la Corte Constitucional.

A su vez el parágrafo del artículo 135 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sobre el medio de control de nulidad por inconstitucionalidad, señala que: *"El Consejo de Estado no estará limitado para proferir su decisión a los cargos formulados en la demanda. En consecuencia, podrá fundar la declaración de nulidad por inconstitucionalidad en la violación de cualquier norma constitucional. Igualmente podrá pronunciarse en la sentencia sobre las normas que, a su juicio, conforman unidad normativa con aquellas otras demandadas que declare nulas por inconstitucionales"*.

La Corte Constitucional mediante Sentencia C-400 de 2013, declaró exequible el inciso segundo del artículo 135 de la Ley 1437 de 2011, bajo el entendido de que la Corte Constitucional le corresponde el control Constitucional de los actos de carácter general, expedidos por entidades u organismos distintos del Gobierno Nacional, con contenido material de ley.

A su turno el artículo 184 del CPACA, señala que la sustanciación y ponencia de los procesos contenciosos de nulidad por inconstitucionalidad corresponderá a uno de los Magistrados de la Sección respectiva, según la materia, y el fallo a la Sala Plena. Además establece las reglas y procedimiento de proceso especial para la nulidad por inconstitucionalidad.

¹ Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional.

De los anteriores preceptos normativos se evidencia que el competente para asumir el conocimiento del medio de control de nulidad por inconstitucionalidad, de los decretos expedidos por el Gobierno Nacional cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional, es el Consejo de Estado y no el Tribunal Administrativo del Magdalena.

Respecto de la falta de competencia del Consejo de Estado, para conocer demandas contra actos de contenido general expedidos por autoridad diferente del orden nacional, la Sección Primera de dicha Corporación, se pronunció de la siguiente manera:

“Una primera lectura del artículo 135 del CPACA podría dar lugar a considerar que cualquier disposición administrativa que viole la Constitución y cuyo control no corresponda a la Corte Constitucional, es susceptible del medio de control de nulidad por inconstitucionalidad, lo cierto es que de la misma norma en mención se desprende que por esta vía serán susceptibles de enjuiciamiento : (i) los decretos que carecen de fuerza de ley, pero que desarrollan directamente la Constitución, por lo que la infracción se puede establecer de forma directa; (ii) cuya revisión no corresponda a la Corte Constitucional (CP, artículo 241) ni a los que conocería el Consejo de Estado como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo (CP, artículo 237, numeral 1), en ejercicio de los medios de control previstos en los artículos 137 y 138 del CPACA; (iii) que expiden tanto el Gobierno Nacional como otras entidades u organismos y (iv) que no obedecen a funciones propiamente administrativas. En el caso sub examine, de la lectura del acto acusado se advierte que no se trata de un reglamento autónomo o constitucional, que se hubiere expedido por expresa disposición constitucional, con el cual se pretenda desarrollar preceptos superiores contenidos en la Constitución Política, requisitos todos estos indispensables para la procedencia del medio de control de nulidad por inconstitucionalidad, según lo anteriormente señalado. Se observa que la resolución censurada es de contenido general, por lo que el medio procedente para su enjuiciamiento es el de nulidad, previsto en el artículo 137 del CPACA. En este orden de ideas, y comoquiera que el acto acusado fue expedido por una autoridad del orden distrital, el Despacho procederá a aplicar la norma de competencia prevista en el artículo 155, numeral 1, del CPACA y ordenará remitir el expediente a los jueces administrativos para lo de su conocimiento²”.

En el caso en estudio, se observa que los actos acusados no se tratan de un reglamento autónomo o constitucional, que se hubiere expedido por expresa disposición constitucional, sino que son actos administrativos de carácter general proferidos por funcionario del orden Departamental, respecto de los cuales tiene competencia el Tribunal Administrativo en primera instancia, conforme el numeral 1 del 152 del CPACA.

² Auto del ocho (8) de noviembre de dos mil dieciocho (2018), Consejero ponente: HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ (E), Radicación número: 11001-03-24-000-2018-00398-00, Actor: MANUEL JOSÉ SARMIENTO ARGÜELLO, Demandado: DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ - SECRETARÍA DE PLANEACIÓN

Visto lo anterior y con el ánimo de garantizar el acceso a la administración de justicia, conforme el inciso primero del artículo 171, de la Ley 1437 de 2011, que permite al juez intervenir para corregir el trámite *“cuando el demandante haya indicado una vía procesal inadecuada”*, se procede a estudiar la demanda frente a los requisitos de procedencia del medio de control de Nulidad Simple de que trata el artículo 137 del CPACA.

La anterior norma consagra, el derecho que tiene toda persona de demandar ante esta jurisdicción para solicitar, por sí o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general, cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, sin competencia, en forma irregular, con desconocimiento del debido proceso, mediante falsa motivación o con desvío de poder.

En tal virtud, para efectos de su admisión, la demanda que en esta oportunidad ocupa la atención del Despacho se ubica bajo los supuestos de hecho que trae el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, por el que se regula el medio de control de Nulidad Simple, pues, como se definió anteriormente, los actos acusados, son de carácter general, expedidos por funcionario del orden departamental, y su objeto se orienta a convocar a la Asamblea Departamental del Magdalena a secciones extraordinarias para que se estudien y debatan unos proyectos de ordenanza. Por tal razón, este mecanismo judicial resulta ser el procedente en esta oportunidad.

Se encuentra también que reúne los requisitos formales exigidos en el artículo 162 de la Ley 1437 de 2011, en consecuencia se admitirá la demanda presentada, como de Nulidad.

SUSPENSIÓN PROVISIONAL DE LOS ACTOS ACUSADOS

En el presente caso el demandante presentó solicitud de suspensión provisional contra los actos demandados, por cuanto considera que son contrarios a la Constitución, pues la Gobernadora del Departamento del Magdalena al solicitar a la Asamblea Departamental dar trámite de urgencia a unos proyectos de ordenanza, se atribuyó una competencia que solo le corresponde al Presidente de la República, conforme el artículo 163 y 305 de la Constitución Política.

Las medidas cautelares están previstas en el artículo 229 y ss del C.P.A.C.A para

proteger y/o garantizar de manera provisional, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, sin que está implique prejuzgamiento de parte del Juez o Magistrado:

"Artículo 229. Procedencia de medidas cautelares. En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo.

La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento."

De igual forma el artículo 230 ibídem señala que las medidas cautelares pueden ser preventivas conservativas, anticipativas o de suspensión como la que se estudia en la presente providencia la cual deberá tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda.

Las medidas de suspensión, por lo general persiguen la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo demandado o de cualquier tipo de procedimiento o de actuación de carácter administrativo.

De conformidad con el artículo 231 del C.P.A.C.A, en los requisito para decretar las medidas cautelares son en los siguientes términos:

"Artículo 231. Requisitos para decretar las medidas cautelares. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos.

En los demás casos, las medidas cautelares serán procedentes cuando concurren los siguientes requisitos:

- 1. Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.*
- 2. Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.*
- 3. Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.*
- 4. Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:*
 - a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o*
 - b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios"*

Referente a la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo y de las exigencias para su prosperidad, el Consejo de Estado ha señalado lo siguiente³:

"La nueva norma precisa que: 1a) La medida cautelar se debe solicitar (no es oficiosa), ya con fundamento en el mismo concepto de violación de la demanda, o ya en lo que el demandante sustente al respecto, en escrito separado. Exige que la petición contenga una sustentación específica y propia para la procedencia de la medida excepcional, o una expresa remisión a que el apoyo de la medida se soporta en el mismo concepto de violación. 2°) La procedencia de la suspensión provisional de los efectos de un acto que se acusa de nulidad puede acontecer si la violación de las disposiciones invocadas, surge, es decir, aparece presente, desde, esta instancia procesal - cuando el proceso apenas comienza-, como conclusión del: i) análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas, o, ii) del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.

De esta manera, lo que en el nuevo Código representa variación significativa en la regulación de esta figura jurídico-procesal de la suspensión provisional de los efectos, del acto administrativo acusado, con relación al estatuto anterior, radica en que antes era exigencia sine quanon que la oposición normativa apareciera manifiesta por confrontación directa con el acto ó mediante los documentos públicos adicionales con la solicitud. Entonces ello excluía que el operador judicial pudiera incursionar en análisis o estudio pues la trasgresión debía aparecer prima facie. Ahora, la norma da la apertura de autorizar al juez administrativo para que desde este momento procesal obtenga la percepción de si hay tal violación normativa alegada, pudiendo al efecto: 1o) realizar análisis entre el acto y las normas invocadas como transgredidas, y 2o) que también pueda estudiar las pruebas allegadas con la solicitud.

Pero a la vez es necesario que el juez tenga en cuenta el perentorio señalamiento del 2° inciso del artículo 229 del C.P.A.C.A. en cuanto ordena que "la decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento".

El despacho acoge los criterios expuestos en la providencia transcrita y los aplicará ai estudiar el caso concreto.

Ahora bien, en vista de que los argumentos del demandante para solicitar la suspensión provisional de los actos acusados se centran en manifestar que la Gobenadora del Departamento del Magdalena no es la competente para solicitar a la Asamblea Departamental mensaje o tramite de urgencia de los proyectos de ordenanza por cuanto es una competencia exclusiva del Presidente de la Republica, considera el Despacho que la misma no tiene vocación de prosperidad porque la violación a la que hace referencia el accionante, no se evidencia con el simple

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Quinta, M.P. Dra. Susana Buitrago Valencia, 24 de enero de 2013.

análisis de los actos demandados confrontados con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.

De lo anterior, resulta evidente que no procede en este momento la medida de suspensión provisional solicitada por el demandante.

En mérito de lo expuesto este Despacho,

RESUELVE:

PRIMERO. Admitir, en única instancia, la demanda presentada por el abogado EDGAR MANUEL BARROS PAVAJEAU, la cual se tramitará por las vías del proceso ordinario de Nulidad, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO. Notificar personalmente este auto admisorio al representante legal, o quienes hagan sus veces, de la Gobernación del Departamento del Magdalena, haciéndosele entrega de copia de la demanda y de sus anexos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 171, numeral 1, de la Ley 1437 de 2011.

TERCERO. Notificar personalmente este auto al señor Agente del Ministerio Público haciéndosele entrega de copia de la demanda y de sus anexos, como lo dispone el artículo 171, numeral 2, de la Ley 1437 de 2011.

CUARTO. Correr traslado a la parte demandada en los términos del artículo 172 de la Ley 1437 de 2011.

QUINTO. Advertir a la entidad u autoridad accionada, que de conformidad con el artículo 175, numeral 4, de la Ley 1437 de 2011, con la contestación deben aportar todas las pruebas que tengan en su poder y pretendan hacer valer en el proceso.

SEXTO. Notificar por Estado a la parte demandante de la presente providencia, en virtud de lo dispuesto por los artículos 171, numeral 1, de la Ley 1437 de 2011.

SÉPTIMO. Informar a la comunidad sobre la existencia de este proceso, conforme con el artículo 171, numeral 5, de la Ley 1437 de 2011.

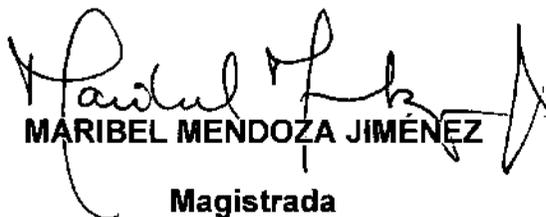
OCTAVO. Requerir a la Gobernación del Departamento del Magdalena, para que con la contestación de la demanda allegue al plenario, el **expediente administrativo que contenga los antecedentes de la actuación objeto del proceso y que se encuentren en su poder**, so pena de que el funcionario encargado se constituya en falta disciplinaria gravísima sancionable, de conformidad con lo consagrado en el parágrafo 1° del artículo 175 del C.P.A.C.A.

Igualmente, en virtud de los principios de colaboración con la administración de justicia, economía procesal y celeridad, allegar con la contestación de la demanda copia virtual de la misma.

La secretaría al momento de efectuar la notificación correspondiente deberá indicar o precedente a la entidad en el respectivo mensaje de datos.

NOVENO. De la presente decisión, déjese constancia en el Sistema Justicia XXI Web – Tyba.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


MARIBEL MENDOZA JIMÉNEZ
Magistrada