

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA Aclaración de voto del Magistrado

JOSÉ ANDRÉS ROJAS VILLA

Ibagué, dieciocho (18) de septiembre de dos mil veinte.

RADICACIÓN: CA-00205
MEDIO DE CONTROL: CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD - ESTADO DE EXCEPCION
AUTORIDAD: ALCALDE MUNICIPAL DE DOLORES, TOLIMA
REFERENCIA: DECRETO No. 043 de 24 de marzo de 2020 "POR MEDIO DEL CUAL SE ADOPTAN INSTRUCCIONES EN VIRTUD DE LA EMERGENCIA SANITARIA"
MAGISTRADO PONENTE: LUIS EDUARDO COLLAZOS OLAYA

Explicación para presentar Aclaración de voto respecto del proyecto de sentencia y no insistir en declarar la nulidad de lo actuado.

El suscrito Magistrado ha sostenido la tesis de que el Juez Especializado de lo Contencioso Administrativo debe adoptar, en Auto de ponente, la decisión de nulitar lo actuado por virtud de los artículos 125¹ y 243² del C. de P.A. y de lo C.A.

¹ "DECISIONES EN LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

ARTÍCULO 125. DE LA EXPEDICIÓN DE PROVIDENCIAS. Será competencia del juez o Magistrado Ponente dictar los autos interlocutorios y de trámite; sin embargo, en el caso de los jueces colegiados, las decisiones a que se refieren los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 243 de este Código serán de la sala, excepto en los procesos de única instancia. Corresponderá a los jueces, las salas, secciones y subsecciones de decisión dictar las sentencias. Los autos que resuelvan los recursos de súplica serán dictados por las salas, secciones y subsecciones de decisión con exclusión del Magistrado que hubiere proferido el auto objeto de la súplica."

² [2] "ARTÍCULO 243. APELACIÓN. Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales y de los Jueces. También serán apelables los siguientes autos proferidos en la misma instancia por los jueces administrativos:

1. El que rechace la demanda.
2. El que decrete una medida cautelar y el que resuelva los incidentes de responsabilidad y desacato en ese mismo trámite.
3. El que ponga fin al proceso.
4. El que apruebe conciliaciones extrajudiciales o judiciales, recurso que solo podrá ser interpuesto por el Ministerio Público.
5. El que resuelva la liquidación de la condena o de los perjuicios.
6. El que decreta las nulidades procesales.
7. El que niega la intervención de terceros.
8. El que prescinda de la audiencia de pruebas.
9. El que deniegue el decreto o práctica de alguna prueba pedida oportunamente.

Los autos a que se refieren los numerales 1, 2, 3 y 4 relacionados anteriormente, serán apelables cuando sean proferidos por los tribunales administrativos en primera instancia.

El recurso de apelación se concederá en el efecto suspensivo, salvo en los casos a que se refieren los numerales 2, 6, 7 y 9 de este artículo, que se concederán en el efecto devolutivo.

En efecto, luego de verificar que el trámite dado al Decreto 043 del 24 de marzo de 2020, por los vericuetos del artículo 185 Ib. resultaba inapropiado procedimiento para auscultarlo por el medio de **Control Inmediato de Legalidad**, lo jurídicamente atendible era reconocer la **falta de competencia** para ello, por ostensible violación de las formas propias del juicio.

En este asunto, sin embargo, la advertencia del ponente no se verificó con el auto de asunción de competencia y admisión del trámite, sino al momento de proyectar el fallo.

Esta vez, por efectos prácticos, asumo la posición de la mayoría; en razón a ello, anuncié desde la Sentencia del CA-00001, M.P. LUIS EDUARDO COLLAZOS OLAYA, Medio de Control: Control Inmediato de Legalidad, Autoridad que Remite: Alcalde Municipal de San Antonio, Acto Administrativo: Decreto No. 041 de 17 de marzo de 2020, Asunto: “*Por el cual se dictan medidas de protección frente al CORONAVIRUS COVID-19 y se dictan otras disposiciones*” que en lo sucesivo, **a.** aclararé el voto que acompaña la posición de la mayoría, **b.** elaboraré mis ponencias con idéntico propósito.

El Tribunal Administrativo del Tolima ha propuesto que los Decretos territoriales expedidos con arreglo a Decretos ordinarios nacionales se tramiten por el medio de Control Inmediato de Legalidad si fueron expedidos en la época del “*Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional*”, por lo tanto, **i.** se estudia el fondo del asunto con la expedición de sentencia -Magistrado José Aleth Ruíz Castro-; en otros casos, **ii.** y con la aversión a “*inhibirse*” para decidir de fondo las demandas contra normas que no estuvieron fundamentadas en tales Decretos legislativos, **a.** ha preferido adoptar la solución, también, vía sentencia, de declarar improcedente el control inmediato de legalidad -Magistrados Belisario Beltrán Bastidas, Carlos Arturo Mendieta Rodríguez y Luís Eduardo Collazos Olaya- frente al acto administrativo no expedido en desarrollo de Decretos legislativos, y en otras veces, **b.** declarar probada de oficio la excepción de mérito denominada “*improcedencia del medio de control inmediato de legalidad*” en relación con el acto administrativo -Magistrado Ángel Ignacio Álvarez Silva-, y como consecuencia de ello, abstenerse de pronunciarse a través del medio de control excepcional respecto de la legalidad del aludido acto general.

Sin embargo, los Honorables Magistrados Belisario Beltrán Bastidas, Carlos Arturo Mendieta Rodríguez, Luís Eduardo Collazos Olaya, José Aleth Ruíz Castro y Ángel Ignacio Álvarez Silva coinciden en la admonición de que la decisión no hace tránsito a cosa juzgada, significando que contra el aludido acto administrativo general estudiando en sendos casos, procederán los medios de control ordinarios pertinentes, conforme lo dispuesto en los **artículos 135, 137 y 138** de la Ley 1437 de 2011 y demás disposiciones concordantes.

De hecho, sobre la improcedencia de avocar el llamado **Control Inmediato de Legalidad**, casi todos los Consejeros han dicho; palabras, palabras menos: “**12.** *Como se observa, mientras que el artículo 136 hace referencia a las medidas de carácter general en el primer inciso, en el segundo de ellos el propio legislador introdujo el concepto de acto administrativo para fijar que, dentro del universo de actos de la administración expedidos en*

PARÁGRAFO. *La apelación solo procederá de conformidad con las normas del presente Código, incluso en aquellos trámites e incidentes que se rijan por el procedimiento civil.*”.

desarrollo y durante de los estados de excepción, tienen control inmediato de legalidad aquellos de carácter general que crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas, en tanto son verdaderos actos administrativos. **13.** Así pues, para que proceda el control inmediato de legalidad el acto de la administración debe reunir, en forma concurrente, los siguientes requisitos: **i)** debe tratarse de un acto administrativo, expedido en ejercicio de funciones administrativas; y **ii)** debe desarrollar los decretos legislativos del estado de excepción, durante la vigencia de este. **14.** Contrario sensu, si el acto remitido por la autoridad no cumple una o varias de las condiciones señaladas anteriormente, el control inmediato de legalidad se torna improcedente y, en consecuencia, el juez debe abstenerse de avocar el conocimiento para tramitar el asunto...” - Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Especial de Decisión 27, Magistrada Ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE; Auto interlocutorio del 15 de abril de 2020, Referencia: Control Inmediato de Legalidad, Radicación: 11001-03-15-000-2020-00981-00, Entidad: Fiscalía General de la Nación, Objeto de control: Circular 005 del 16 de marzo de 2020, Auto que resuelve NO avocar el conocimiento-

Y como parece que la cosa no se ha entendido, en éstas horas volvió a decir nuestro Órgano de Cierre[3]: **1.** el Consejo de Estado definió que el Decreto 457 del 2020, que ordenó el aislamiento obligatorio preventivo, no está sujeto a control inmediato de legalidad, **2.** en la providencia que resolvió el asunto, la corporación explicó que el Gobierno tomó la medida sanitaria en uso de sus facultades ordinarias y no como desarrollo de decretos legislativos expedidos con ocasión del estado de emergencia económica, social y ecológica, **3.** El pronunciamiento destacó que como los jueces solo pueden ejercer las competencias que les otorga la ley, el alto tribunal no tiene la facultad de asumir el control automático del decreto, **4.** Pero también resaltó que frente a la medida de aislamiento obligatorio preventivo procede el medio de control de nulidad y que cualquier persona puede acudir a ese mecanismo para controvertir la legalidad de esa disposición, **5.** solo el legislador, si así lo estima conveniente, por ejemplo en una reforma al C. de P.A. y de lo C.A., podría atribuir a la jurisdicción una nueva modalidad de control automático respecto de los actos administrativos de carácter general dictados durante un estado de emergencia sanitaria, **6.** el auto, con ponencia del magistrado Guillermo Sánchez Luque, advirtió que desde el pasado 7 de mayo se levantó la suspensión de términos para los procesos de nulidad y que la persona que eventualmente demande la nulidad del decreto puede pedir medidas cautelares contra ese acto administrativo, **7.** vale recordar que el artículo 137 del C. de P.A. y de lo C.A. dispone que el medio de control de nulidad está establecido para la defensa objetiva del ordenamiento, resaltando **8.** “A través de esta acción cualquier persona puede solicitar por sí, o por medio de representante, que se anule un acto administrativo, si infringe las normas en que debía fundarse. También procede cuando el acto lo haya expedido un funcionario u organismo incompetente, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que lo profirió”.

En el mismo sentido:

- Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Especial de Decisión No. 3, Consejero ponente: JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ; Auto interlocutorio del 16 de abril de 2020, Control inmediato de legalidad, Radicación: 11001031500020200110200, Acto: Circular Externa CIR2020-21DMI-1000 del 16 de marzo de 2020, proferida por el Ministerio del Interior, Asunto: No avoca conocimiento.

- Expediente 11001-03-15-000-2020-0050-00, M.P. LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ,

- Expediente 11001-03-15-000-2020-00955-00, M.P. MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ,

- Expediente 1100103150002020095000, M.P. STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO,
- Expediente 11001031500020200103700, M.P. JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ

Entonces, cuando se ha seguido un proceso con alguna irregularidad, sin embargo, el **artículo 132 del C.G. del P.**, al definir el Control de legalidad, precisa que, *“Agotada cada etapa del proceso el juez deberá realizar control de legalidad para corregir o sanear los vicios que configuren nulidades u otras irregularidades del proceso, las cuales, salvo que se trate de hechos nuevos, no se podrán alegar en las etapas siguientes, ...”*; **por lo tanto, el Magistrado ponente debe adoptar la decisión de nulitar lo actuado por virtud de los artículos 125 y 243 del C. de P.A. y de lo C.A. y no proyectar sentencia.**

En un Estado Social y Democrático de Derecho, los asuntos competenciales resultan ser la base de la función pública; por ello considero que los jueces no estamos sino para resolver auténticos problemas jurídicos, lo que, desde luego, implica cierta actualidad o vigencia del problema, máxime tratándose de las llamadas acciones públicas, como los medios de control de i. Nulidad o de ii. Nulidad por inconstitucionalidad, y obviamente, el iii. Control Inmediato de Legalidad, de los que se desprende un control a partir del universo del ordenamiento, aunque evidentemente, la proposición del concepto de violación y de las normas violadas, guíen la función judicial en los dos primeros, y la racionalidad, del tercero.

Si tenemos aceptado que el presupuesto procesal de competencia es el inicio de la estructura de la sentencia, no se ve la razón por la cual deba dictarse sentencia en esta causa; máxime que la declaratoria de nulidad de lo actuado por rituarse pretermitiendo íntegramente la instancia es el camino jurídicamente posible en el escenario.

Como la incompetencia funcional es una causal de nulidad insubsanable -artículo 144 inciso final- en el auto que declare la nulidad, deberá indicar cuál es la actuación afectada por ésta y **si debe renovarse.**

Esta vez, por efectos prácticos, la ponencia se elaboró con fundamento en la posición de la mayoría.

Atentamente,

JOSÉ ANDRÉS ROJAS VILLA
Magistrado³

Fecha ut supra.

³ **NOTA ACLARATORIA:** La aclaración de voto se tramitó por los canales electrónicos oficiales de los Despachos de los Magistrados que integran la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo del Tolima.