



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA

-SALA DE DECISIÓN 001-
SENTENCIA No. 076

Popayán, veintiuno (21) de mayo de dos mil veinte (2020)

Magistrado ponente	Carlos Leonel Buitrago Chávez
Radicación	19001-23-33-001-2020-00235-00
Medio de control	Control inmediato de legalidad
Acto controlado	Circular No. 033 de 1 de abril de 2020.
Entidad emisora	Municipio de Timbío – Cauca.

De conformidad con los artículos 20 de la Ley 137 de 1994, y 136 y 151 -14- del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la Sala hace el control de legalidad a la Circular No. 033 de 1 de abril de 2020, referida a *“Recomendaciones Supervisores y Contratista – durante la declaratoria de emergencia COVID-19”*, expedido por el municipio de Timbío, Cauca.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, el presidente de la República, con la firma de todos los ministros y en ejercicio de las facultades constitucionales y legales, en especial las del artículo 215 de la Constitución Política y de la Ley 137 de 1994, luego de considerar, entre otras cosas, que el 7 de enero de 2020, la *“Organización Mundial de la Salud, identificó el nuevo coronavirus - COVID-19 y declaró este brote como emergencia de salud pública de importancia internacional”* y que el *“6 de marzo de 2020 el Ministerio de Salud y de la Protección Social dio a conocer el primer caso de brote de enfermedad por coronavirus - COVID-19 en el territorio nacional”*; declaró, por 30 días calendario, el *“Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional”*, para *“limitar las posibilidades de propagación del nuevo virus Covid 19 y de proteger la salud del público en general y de los servidores públicos que los atienden...”*, entre los fines más destacados.

2. EL ACTO OBJETO DEL PRESENTE CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD.

Posteriormente, la alcaldesa del municipio de Timbío - Cauca expidió la Circular 033 de 1° de abril de 2020, mencionada, con el siguiente tenor literal:

“DE: ALCALDESA.

PARA: SECRETARIOS DE DESPACHO, JEFES DE OFICINA, TECNICO ADMINISTRATIVO CON FUNCIONES DE JEFE DE PERSONAL Y FUNCIONARIOS EN GENERAL.

Asunto: Recomendaciones Supervisores y Contratistas – Durante la declaratoria de emergencia COVID-19

Ante la presencia de la enfermedad COVID-19 en Colombia, y en el marco de las recomendaciones realizadas por el Gobierno Nacional, especialmente a la Circular 0017 del 24 de febrero de 2020 del Ministerio del Trabajo, aplicables principalmente a los ambientes laborales.

Los secretarios de Despacho, Jefes de Oficina, deben tomar las siguientes medidas temporales, frente a sus subalternos:

- 1. En el marco de las funciones establecidas en el manual de funciones y las demás que considere el jefe inmediato, acordes con la naturaleza del cargo, los Secretarios de Despacho o Jefes de Oficina, deben aprobar el plan de trabajo, de cada uno de los funcionarios a cargo.*
- 2. Aquellos funcionarios, que deban desarrollar sus labores en forma presencial, para garantizar el cumplimiento de funciones y la prestación del servicio, solo podrán realizarlo en jornada continua de martes a viernes de 7:00 am a 1:00 pm y los días sábados de 7:00 am a 1:00 pm. previa aprobación del jefe inmediato.*
- 3. Los funcionarios que se acojan a la medida de trabajo en casa, deberán garantizar la disponibilidad de tiempo en la jornada habitual de trabajo en el siguiente horario: De martes a viernes de 7:30 am a 1:00 pm, retomando labores de 2:00 pm a 6:00 pm y los días sábados de 7:30 am a 1:30 pm, para lo cual registraron una línea telefónica, ante la Técnico Administrativo con Funciones de Personal. El no acatamiento de esta directriz se tomará como abandono del cargo y se realizará el procedimiento disciplinario correspondiente ante la Procuraduría General de la Republica (sic).*
- 4. La Técnico Administrativo con funciones de personas, deberá reportar a las respectivas Aseguradoras de Riesgos Laborales la lista de los servidores públicos y contratistas que durante el periodo de aislamiento preventivo obligatorio presenten sus servicios a través de teletrabajo o trabajo en casa y aquellos que realizaran el trabajo presencial, con horario flexible”.*

3. El Tribunal avocó el conocimiento del acto en mención conforme a los artículos 20 de la Ley 137 de 1994, y 136 y 151 -14- del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, informó a la comunidad sobre el particular (para el efecto publicó un aviso en la página de la Rama Judicial, en el lugar especialmente dispuesto para el efecto y, además, en el *link* de “avisos a las comunidades” tanto de la secretaría como del Despacho y en la página *web* de la entidad territorial que expidió el acto) y vinculó al Ministerio Público.

II. INTERVENCIONES

4. El municipio no se pronunció.

5. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO. Del tenor siguiente:

Que debía declararse improcedente el control inmediato de legalidad como quiera que no se cumplen los presupuestos legales que para el efecto establece el artículo 136 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Que su contenido material no permitía tenerlo como un acto objeto de estudio bajo el control inmediato de legalidad, ya que se trata de instrucciones generales realizadas a la Secretaría General y Jefes de Oficina de la alcaldía municipal para que instruyan u orienten a sus subalternos, concretamente a los supervisores y contratistas con ocasión de la declaratoria de emergencia COVID-19, tomando como referencia las recomendaciones impartidas por el Gobierno Nacional a través de la Circular 0017 del 24 de febrero de 2020, proferida por el Ministerio del Trabajo.

Que la Circular no desarrolla ni hace referencia alguna al Estado de excepción declarado a través del Decreto Legislativo No. 417 del 17 de marzo de 2020, expedido por el Gobierno Nacional, como tampoco a ningún otro decreto expedido dentro del marco del estado de excepción declarado, por lo que no amerita un examen de legalidad en los términos del artículo 136 del CPACA, como quiera que no cumple los presupuestos legales para el efecto.

III. CONSIDERACIONES

6. COMPETENCIA.

El Tribunal es competente para decidir en única instancia sobre la legalidad del acto administrativo referido, en razón a la entidad territorial que lo expidió, según lo establecido por el numeral 14° del artículo 151 del C.P.A.C.A.¹, en concordancia con los artículos 20 de la Ley 137 de 1994 y 136 de la Ley 1437 de 2011.

¹ “Artículo 151. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS EN ÚNICA INSTANCIA. Los Tribunales Administrativos conocerán de los siguientes procesos privativamente y en única instancia: (...) 14. Del control inmediato de legalidad de los actos de carácter general que sean proferidos en ejercicio de la función administrativa durante los Estados de Excepción y como desarrollo de los decretos legislativos que fuesen dictados por autoridades territoriales departamentales y municipales, cuya competencia corresponderá al Tribunal del lugar donde se expidan. (...)”.

7. SOBRE LA VALIDEZ O LA CONFORMIDAD DE LAS NORMAS CON OTRAS DE MAYOR JERARQUÍA.

Es del caso precisar que cualquier sistema jurídico moderno está integrado por reglas y principios. Las primeras tienen condiciones específicas de aplicación que impiden que coexistan con otras que les sean contrarias: se aplican todo o nada, y la colisión que llegare a presentarse entre dos de ellas, se resuelve retirando una del ordenamiento jurídico conforme a las pautas del artículo 5º de la Ley 57 de 1887 o construyendo con las dos una, donde hay un enunciado general y su respectiva excepción. Mientras que los últimos al carecer de esos supuestos, no pueden entrar en conflicto entre sí a nivel normativo y por ello tal choque solo acaece en los casos concretos y se disuelve, entre otros, mediante los test de razonabilidad e igualdad y la ponderación concreta².

Sin embargo, las normas jurídicas (reglas y principios) están o pueden jerarquizarse y de ello se deriva el concepto de validez, el cual, de otro lado, es entendido como el ajuste que debe tener una a otra de mayor jerarquía o, lo que es lo mismo, que las superiores dan validez a las inferiores. Tal aspecto aparece regulado, entre otros, en los artículos 4º y 209 y siguientes y 288 de la Carta que, en su orden, prevén la supremacía de esta sobre las demás disposiciones, de las leyes sobre los actos administrativos, etc. Aspectos estos que fueron desarrollados en la Ley 489 de 1998.

8. SOBRE EL ESTADO DE EXCEPCIÓN.

La Carta autoriza al presidente de la República, con la firma de todos los ministros, declarar tres estados de excepción: de guerra exterior³, de conmoción interior⁴ y de emergencia⁵.

Los fundamentos del primero surgen de su propia denominación; los del segundo obedecen a una grave perturbación del orden público que desborde las capacidades ordinarias de la Fuerza Pública y que atente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado o la convivencia ciudadana y, los del tercero, de carácter residual, responden a hechos distintos de los anteriores que amenacen o perturben gravemente el orden económico, social y ecológico o constituyan grave calamidad pública.

Durante todos ellos, el Gobierno Nacional tiene facultades para expedir los decretos legislativos que considere necesarios para superar la situación. La

² Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Interpretación Constitucional. Bogotá. 2006. Pág. 67.

³ Artículo 212.

⁴ Artículo 213.

⁵ Artículo 215.

revisión imperativa de estas normas está atribuida a la Corte Constitucional. El Congreso de la República debe reunirse y ser informado de la evolución de las circunstancias e incluso tiene la potestad de reformar los decretos legislativos, e igualmente el Ministerio Público debe cumplir precisas funciones. Esas competencias en lo que respecta al tercer caso, que ocupa la atención de la Sala, aparecen regulados de manera especial en los artículos 46 y siguientes de LEEE que reglamenta el tema conforme al artículo 152 -e- de la Carta Política.

8.1. SOBRE EL CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD ASIGNADO A LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS.

El Gobierno Nacional luego de declarar un estado de excepción, no es el único que expide normas jurídicas con el fin de concretar las medidas provisionales o permanentes tendientes a superar las circunstancias que lo provocaron, también las autoridades territoriales pueden y deben apoyarse en ellas con la misma finalidad conforme a los artículos 305 -1- y 315-1- de la Constitución Política, pues, Colombia es una República unitaria regida, entre otros, por el principio de coordinación de las actuaciones de las entidades públicas con cara al cumplimiento de los fines del Estado (arts. 1º, 209, ss., 298 y 311 C. Po.).

Esas medidas de carácter general que sean expedidas por las autoridades territoriales en ejercicio de la función administrativa y que tengan como propósito el desarrollo de los decretos legislativos emitidos durante los estados de excepción, son objeto de control inmediato de legalidad por parte de los tribunales administrativos, de conformidad con los 136 y 151 -14- del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, del tenor siguiente:

“ARTÍCULO 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”.

*“ARTÍCULO 151. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS EN ÚNICA INSTANCIA. Los Tribunales Administrativos conocerán de los siguientes procesos privativamente y en única instancia:
(...)*

14. Del control inmediato de legalidad de los actos de carácter general que sean proferidos en ejercicio de la función administrativa durante los Estados de Excepción y como desarrollo de los decretos legislativos que fueren dictados por autoridades territoriales departamentales y municipales, cuya competencia corresponderá al tribunal del lugar donde se expidan”.

La vinculación entre los decretos legislativos emitidos durante los estados de excepción y los actos administrativos pasibles de control inmediato de legalidad resulta evidente cuando en estos, expresamente, se mencionan aquellos como soporte normativo. Sin embargo, en opinión de la Sala, también existe cuando pese a que no se citen textualmente los primeros, sí aparecen como premisas normativas tácitas de los segundos, pues, la norma transcrita no distingue entre una y otra eventualidad y solo exige el “*desarrollo*” como conector entre tales disposiciones.

En suma, el sistema de competencias de las entidades y servidores públicos, incluida la Rama Judicial, es taxativo conforme a los artículos 6º y 121 de la Constitución Política. Por ello si el acto del que se trate fue expedido por fuera del marco legal de la declaratoria del estado de emergencia, ya porque temporalmente es anterior o posterior a la vigencia de la misma ora porque si bien se emitió dentro de ese lapso no fue sustentado en ella expresa ni tácitamente, el Tribunal carece de competencia para analizarlo por la vía del control inmediato de legalidad, aunque, por supuesto, sí podría juzgarlo a través de las otras previstas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, previo el cumplimiento de los correspondientes requisitos formales.

El Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, a partir del artículo 20 de LEEE, que reprodujo el 136 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, tiene dicho que el referido control de legalidad tiene las características siguientes⁶:

- a) Se realiza dentro de un proceso judicial, pues lo adelanta una autoridad judicial y se decide por sentencia.*
- b) Es inmediato o automático, porque el Gobierno Nacional debe remitir el acto administrativo para control tan pronto lo expide y porque no requiere demanda, sino que es oficioso, por disposición legal.*
- c) No suspende la ejecución del acto administrativo.*
- d) La falta de publicación no lo impide.*
- e) Es integral frente a las directrices constitucionales y legales y a los decretos legislativos que le atañen.*

Con cara al último requisito, es necesario anotar que la Sala no puede limitarse a la mera confrontación de la norma sometida a control con el

⁶ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Cp.: Alberto Yepes Barreiro. Bogotá D.C., 5 de marzo de 2012. Radicación número: 11001-03-15-000-2010-00200-00(Ca). Actor: Gobierno Nacional. Demandado: Decreto 505. Ver también sentencia del 16 de junio de 2009. Rad. 2009-00305.

decreto que dispuso el estado de excepción, sino que, además, debe analizar la eventual transgresión del ordenamiento jurídico, sino se olvida que esas facultades excepcionales sólo pueden utilizarse en circunstancias extraordinarias que hagan imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios del Estado, que la Ley tiene por objeto establecer los controles al ejercicio de las facultades excepcionales del Gobierno así como las garantías para proteger los derechos humanos de conformidad con los tratados internacionales y que, en general, existen límites que no pueden rebasarse conforme lo prevé la citada LEEE. Sobre el tema la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, ha dicho:

“...el control de legalidad que ejerce esta jurisdicción sobre los actos administrativos de carácter general dictados en desarrollo de los decretos legislativos expedidos durante los Estados de Excepción es integral, es decir, incluye la revisión de aspectos como la competencia para expedirlo, al 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.”⁷

8.2. ASPECTOS SOBRE LOS QUE SE HARÁ EL CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD.

La Corte Constitucional cuando ha abordado el control inmediato de constitucionalidad de los decretos legislativos expedidos por el Gobierno Nacional con ocasión de la declaratoria de los estados de emergencia, lo ha hecho, conforme a la C-466 de 2017, desde los puntos de vista formal y material.

Por el primero, ha verificado si los decretos reúnen los requisitos siguientes: (i) que estén motivados, (ii) que estén suscritos por la autoridad administrativa competente para emitirlos, (iii) que sean expedidos durante la vigencia y en desarrollo del respectivo estado de excepción, y, finalmente, (iv) que determinen el ámbito territorial para su aplicación⁸

Y, por el segundo, ha indagado si fueron expedidos en desarrollo de un estado de emergencia económica, social y ecológica, pero a partir de los siguientes juicios: (i) de conexidad material y de finalidad, (ii) de ausencia de arbitrariedad y de, (iii) de no contradicción específica, (iv) de motivación

⁷ Sentencia de 3 de mayo de 1999, exp. CA- 011, consejero ponente doctor Ricardo Hoyos Duque. Citada por la misma Corporación en la fechada el 22 de febrero 2011. Radicación número: 11001-03-15-000-2010-00452-00(Ca). Actor: Gobierno Nacional. Demandado: Ministerio de la Protección Social. Consejero Ponente: Mauricio Torres Cuervo.

⁸ Corte Constitucional. Sentencias C-722 de 2015, C-300 de 2011, C-244 de 2011, C-233 de 2011, C-216 de 2011, C-194 de 2011, C-193 de 2011 y C-940 de 2002.

Medio de control	Control inmediato de legalidad
Acto controlado	Circular 033 del 1° de abril 2020.
Entidad emisora	Municipio de Timbío – Cauca.

suficiente, (v) de necesidad, (vi) de incompatibilidad, (vii) de proporcionalidad, y, finalmente, (viii) de no discriminación.

El Consejo de Estado⁹, por su parte, ha indicado que el control inmediato de legalidad previsto en los artículos 20 de LEEE y 136 del CPACA, también nacido de la declaratoria de los estados de emergencia, tiene efectos de cosa juzgada respecto de las normas superiores y frente a los temas estudiados, y relativa con relación al resto del ordenamiento jurídico; razón por la cual es posible que el acto respectivo sea nuevamente controvertido en la jurisdicción respecto de otras normas superiores no estudiadas y por aspectos diferentes a los analizados y que, además, el análisis de validez debe hacerse confrontándolo con todo el universo jurídico, es decir, que dicho control es integral. Así lo señaló:

“que la integralidad que se predica de este control, no puede fundarse en los mismos parámetros de aquel que le compete a la Corte Constitucional respecto de los decretos legislativos, expedidos al amparo de la declaratoria del estado de excepción, por expreso mandato superior (arts. 241 numeral 7° y 215, párrafo), porque no es lo mismo revisar una norma legal de excepción delante de un número finito de disposiciones (como es la Constitución), que revisarla frente al “resto del ordenamiento jurídico”. Si bien es cierto que el control automático supone un control integral, no puede pretenderse con ello que al ejercer tal control, el juez revise todo el ordenamiento jurídico.”¹⁰

También tiene dicho que el control integral involucra el estudio de los parámetros y límites, formales y materiales, que deben ser observados por el Gobierno Nacional para expedir el acto, lo que equivale a determinar su conformidad formal y material (proporcionalidad y conexidad)¹¹ con respecto a las normas superiores que directamente le sirven de fundamento, esto es, con: a) Las normas constitucionales sobre derechos fundamentales, b) las convencionales que limitan a los estados para suspender las garantías y libertades fundamentales, c) las constitucionales que rigen los estados de excepción, d) la Ley Estatutaria de Estados de Excepción, e) el decreto de declaratoria del estado de excepción y f) los decretos legislativos expedidos por el Gobierno.

Si tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado han acudido a los referidos parámetros formales y materiales para ejercer sendos controles inmediatos de legalidad, el Tribunal también debe hacerlo respecto de los actos que expidan las autoridades territoriales por la misma razón.

⁹ Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Bogotá. Mayo 24 de 2016. Radicación Núm.: 11001 03 15 0002015 02578-00. Consejero Ponente: Guillermo Vargas Ayala.

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, fallo de 23 de noviembre de 2010, expediente No. 2010-00196. C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

¹¹ Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, fallo de 24 de septiembre de 2002, expediente 2002-0697. C.P. Alberto Arango Mantilla.

El Consejo de Estado, en definitiva, ha definido como características¹² del Control inmediato de legalidad, las siguientes:

i) Es un verdadero proceso judicial debido a que, conforme al artículo 20 de la Ley 137 de 1994, es una sentencia judicial la que emite la jurisdicción de lo contencioso administrativo en dicho trámite.

ii) Es automático e inmediato porque tan pronto como la entidad pública expida el correspondiente acto administrativo general para desarrollar los decretos legislativos expedidos por el Gobierno Nacional durante los estados de excepción, dentro de las 48 horas siguientes, debe enviarlo a la jurisdicción contenciosa para que se ejerza el control correspondiente, so pena de que la autoridad judicial competente, de oficio, lo revise e incluso sin que se haya divulgado.

iii) Es autónomo porque incluso es aplicable a los actos administrativos generales expedidos para desarrollar los decretos legislativos proferidos por el Gobierno Nacional durante los estados de excepción, antes de que la Corte Constitucional se pronuncie sobre la constitucionalidad del decreto que declara el estado de excepción y de los decretos legislativos que expida el presidente de la República para conjurarlo.

iv) Es integral por cuanto es un juicio en el que se examina la competencia de la autoridad que expidió el acto, la conexidad de este con los motivos que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción y con el propio decreto legislativo, la sujeción a las formas y la proporcionalidad de las medidas adoptadas para conjurar la crisis e impedir la extensión de los efectos del estado de excepción.

Es de aclarar que, aunque, en principio, el control integral supone que el acto administrativo general, expedido para desarrollar los decretos legislativos proferidos por el Gobierno Nacional durante los estados de excepción, se confronte con todo el ordenamiento jurídico, pero queda circunscrito a las normas invocadas en la respectiva sentencia.

v) Es compatible¹³ con las acciones públicas de nulidad simple y nulidad por inconstitucionalidad, ya que el acto administrativo general expedido para desarrollar los decretos legislativos proferidos por el Gobierno Nacional durante los estados de excepción puede demandarse posteriormente en

¹² Ver Sentencia del 28 de enero de 2003, exp. 2002-0949-01, M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez; del 7 de octubre de 2003, exp. 2003-047201, M.P. Tarcisio Cáceres Toro, del 16 de junio de 2009, exp. 2009-00305-00, y del 9 de diciembre de 2009, exp. 2009-0732-00, M.P. Enrique Gil Botero.

¹³ Ver Sentencias de la Sala Plena del Consejo de Estado: del 7 de febrero de 2000, exp. CA-033, M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez; del 20 de octubre de 2009, exp. 2009-00549, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, y del 9 de diciembre de 2009, exp. 200900732, M.P. Enrique Gil Botero.

nulidad simple o en nulidad por inconstitucionalidad, siempre que se alegue la violación de normas diferentes a las examinadas en el trámite del control inmediato de legalidad.

vi) Es participativo en la medida que los ciudadanos podrán intervenir defendiendo o atacando la legalidad de los actos administrativos objeto de control.

vii) La sentencia que decide el control inmediato de legalidad hace tránsito a cosa juzgada relativa¹⁴, porque cuando declara la nulidad total o parcial de los actos objeto de control, si bien tiene efecto *erga omnes*, esto es oponible a todos y contra todos, por otro lado, tiene la autoridad de cosa juzgada relativa, es decir, sólo frente a los *ítems* que analizó y decidió.

9. DEL CASO CONCRETO.

9.1. Aquí, la alcaldesa municipal de Timbío – Cauca, mediante Circular 033 del 01 de abril de 2020, planteó una serie de recomendaciones dirigidas a la Secretaría General y jefes de oficina para que instruyeran u orientaran a sus subalternos (concretamente a los supervisores y contratistas con ocasión de la declaratoria de emergencia COVID–19, tomando como referencia las recomendaciones impartidas por el Gobierno Nacional a través de la Circular 0017 del 24 de febrero de 2020, proferida por el Ministerio del Trabajo), los lineamientos en materia de promoción, prevención para la preparación, respuesta y atención que se deben aplicar de manera obligatoria en los ambientes laborales y que está dirigida a los empresarios, trabajadores y ARL, estableciendo unas acciones mínimas tendientes a prevenir el contagio de las enfermedades respiratorias mediante medidas de limpieza, protección personal y autocuidado.

9.2. DEL ANÁLISIS FORMAL.

9.2.1. Y aunque la mayor parte de la circular alude a simples instrucciones y directrices y que, por tanto, no contienen una decisión de la autoridad capaz de producir efectos jurídicos, esto es, de crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas generales, en el numeral 3º consignó:

“Los funcionarios que se acojan a la medida de trabajo en casa, deberán garantizar la disponibilidad de tiempo en la jornada habitual de trabajo en el siguiente horario: De martes a viernes de 7:30 am a 1:00 pm, retomando labores de 2:00 pm a 6:00 pm y los días sábados de 7:30 am a 1:30 pm, para lo cual registraron una línea telefónica, ante la Técnico Administrativo con Funciones de Personal. El no acatamiento de esta directriz se tomará como abandono del cargo y se realizará el procedimiento disciplinario”

¹⁴ Artículo 189 de la Ley 1437 de 2011

correspondiente ante la Procuraduría General de la Republica (sic)". (Se subraya).

El verbo “*tomará*” da forma imperativa especial a todo el texto, donde el abandono del cargo y la queja disciplinaria se constituyen en las consecuencias y la parte no subrayada configurarían los supuestos de aplicación. En otras palabras, la última parte del numeral, la subrayada, aludiría a las consecuencias jurídicas y, la primera, no subrayada, a los supuestos de hecho hipotéticos o condiciones de aplicación de todo el texto. Tal es la forma jurídica de un tipo disciplinario y la correspondiente obligación de informar su comisión ante la Procuraduría General de la Nación.

Por tanto, la circular no alude a simples recomendaciones, como en ella se indica, sino que también está creando o modificando situaciones jurídicas generales y, por tanto, la convertiría en un acto administrativo pasible del control inmediato de legalidad por parte de este Tribunal.

9.2.2. El Consejo de Estado ha indicado que son tres los presupuestos para la procedencia del control inmediato de legalidad¹⁵: i) que se trate de un acto de contenido general; ii) que el mismo se haya dictado en ejercicio de la función administrativa, y iii) que el acto tenga como fin desarrollar uno o más de los decretos legislativos expedidos durante los estados de Excepción.

9.2.3. Si bien dentro de los considerandos del acto revisado no se hace alusión a la declaratoria del estado de emergencia ni a los decretos expedidos por el Gobierno Nacional en ese sentido, ello no impide que proceda el control inmediato de legalidad, en tanto que sus disposiciones propenden por atender el objeto del Decreto 417 de 2020, que corresponde a “*limitar las posibilidades de propagación del nuevo virus Covid 19 y de proteger la salud del público en general y de los servidores públicos que los atienden...*”, en la medida que implementó varias decisiones para disminuir la propagación del contagio, las cuales se circunscribieron a un ámbito territorial para su aplicación.

En efecto, dicho acto corresponde a una medida de carácter general dictada en ejercicio de función administrativa y que produce efectos jurídicos en el marco de la declaratoria del estado de emergencia, limitando, incluso, el ejercicio de derechos fundamentales. De modo que formalmente no puede hacersele reproche alguno, distinto de su carácter de acto administrativo, por lo que resulta procedente efectuar el estudio bajo el presente medio de control.

¹⁵ Consejo de Estado, Sentencia del 11 de mayo de 2020, exp. 11001-03-15-000-2020-00944-00

9.3. DEL ANÁLISIS MATERIAL. CONFORMIDAD DEL ACTO CON LAS NORMAS SUPERIORES.

Según lo dicho, el estudio alude a los límites materiales específicos del acto administrativo, expedido por la entidad territorial en desarrollo del estado de emergencia económica, social y ecológica, y que debe desarrollarse a partir de los juicios (i) de conexidad material y de finalidad, (ii) de ausencia de arbitrariedad y de intangibilidad, (iii) de no contradicción específica, (iv) de motivación suficiente, (v) de necesidad, (vi) de incompatibilidad, (vii) de proporcionalidad, y, finalmente, (viii) de no discriminación.

9.3.1. Los juicios de conexidad material y finalidad, están previstos en los artículos 215 de la Constitución y 47 de LEEE, y con ellos se busca establecer si las medidas adoptadas en el acto administrativo guardan relación con las causas que generaron la declaratoria del estado de excepción. Ellos implican que la materia sobre la cual tratan las medidas guarde relación directa y específica con la crisis que se pretende sortear, y deben ser evaluados desde los puntos de vista: (i) interno o desde la específica relación entre las medidas adoptadas y "*las consideraciones expresadas por el Gobierno Nacional para motivar el decreto de desarrollo correspondiente*"¹⁶, y (ii) externo o desde la relación entre el acto administrativo y la declaratoria de emergencia.

9.3.1.1. El Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, se indicó que el 7 de enero de 2020, la "*Organización Mundial de la Salud, identificó el nuevo coronavirus - COVID-19 y declaró este brote como emergencia de salud pública de importancia internacional*" y que el "*6 de marzo de 2020 el Ministerio de Salud y de la Protección Social dio a conocer el primer caso de brote de enfermedad por coronavirus - COVID-19 en el territorio nacional*"; declaró, por 30 días calendario, el "*Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional*", para "*limitar las posibilidades de propagación del nuevo virus Covid 19 y de proteger la salud del público en general y de los servidores públicos que los atienden...*", entre los fines más destacados.

9.3.1.2. Y en la circular mencionada se argumentó que ante la "*...presencia de la enfermedad COVID-19 en Colombia, y en el marco de las recomendaciones realizadas por el Gobierno Nacional, especialmente a la Circular 0017 del 24 de febrero de 2020 del Ministerio del Trabajo, aplicables principalmente a los ambientes laborales*", se hacía adoptar las medidas que allí indica.

¹⁶ Sentencias C-723 de 2015.

9.3.1.3. De esta manera existe conexidad material y finalidad entre lo dispuesto por el Gobierno Nacional y la autoridad territorial, e igualmente entre los propósitos del acto administrativo y las medidas en él adoptadas.

9.3.2. Los juicios de ausencia de arbitrariedad y de intangibilidad buscan comprobar que en el acto *sub exámine* no se establezcan medidas que desconozcan las prohibiciones para el ejercicio de las facultades extraordinarias reconocidas en la Constitución, la LEEE y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia¹⁷. Por ello debe verificarse que las medidas dispuestas: (i) no suspendan o vulneren los derechos fundamentales y que (ii) no interrumpan el normal funcionamiento de las ramas del poder público, en particular, que no supriman o modifiquen los organismos y las funciones básicas de acusación y juzgamiento.

9.3.2.1. Según lo dicho, la circular lo que hizo fue establecer un tipo disciplinario con los supuestos de aplicación y las consecuencias jurídicas. Sin embargo, tal función tiene reserva legal y, por tanto, solo el legislador puede cumplirla. Sobre el tema la Corte Constitucional en Sentencia C-030/12, señaló:

“El principio de reserva de ley que se manifiesta en la obligación del Estado de someter el desarrollo de determinadas materias o de ciertos asuntos jurídicos a la ley, o al menos, a tener como fundamento la preexistencia de la misma, es un principio que no implica que para su determinación la ley no pueda remitirse a otras normas reglamentarias. Así, en el ámbito disciplinario, la consagración de los comportamientos reprochables disciplinariamente o faltas disciplinarias, así como las sanciones, los criterios para su fijación y los procedimientos para adelantar su imposición, corresponden a una materia que compete desarrollar de manera exclusiva a la ley, tanto en sentido formal como material, de manera que las conductas que prevean los deberes o faltas disciplinarias deben estar estipuladas previamente en una norma legal, y para la determinación y aplicación de la norma disciplinaria en cada caso en concreto, la ley debe remitir al conjunto de funciones o de deberes específicos que se le asignen a los servidores públicos, que se encuentran consignadas en normas jurídicas de inferior jerarquía a la ley, siempre y cuando su existencia se encuentre conforme a la ley misma.

(...)

Son varios los aspectos normativos que debe regular de manera clara y expresa la norma sancionatoria: (i) el grado de culpabilidad del agente (si actuó con dolo o culpa); (ii) la gravedad o levedad de su conducta (si por su naturaleza debe ser calificada como leve, grave o gravísima); y (iii) la graduación de la respectiva sanción (mínima, media o máxima según la intensidad del comportamiento). Si el precepto que contiene la conducta jurídicamente reprochable no permite definir tales aspectos, el mismo resulta contrario al principio de tipicidad y proporcionalidad y, por tanto, resulta inconstitucional.

9.3.2.2. De modo que la alcaldesa consagró un tipo disciplinario sin competencia para el efecto.

¹⁷ Sentencias C-723 de 2015 y C-742 de 2015

9.3.3. De igual forma tampoco se cumplió con el juicio de motivación suficiente, pues, conforme al artículo 8 de LEEE, en el acto se deben indicar "*los motivos por los cuales se imponen cada una de las limitaciones de los derechos constitucionales (...)*" y, por tanto, las razones suficientes que justifiquen las limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales¹⁸.

Y en la circular no se dio argumento alguno para justificar la invasión o usurpación de competencias legislativas, ni se indicó porqué era necesario crear un nuevo tipo disciplinario en la situación de emergencia, con lo cual tampoco se configuraría el juicio de incompatibilidad.

9.3.4. Tampoco la circular pasa el juicio de necesidad, previsto en el artículo 11 de LEEE, pues, este implicaba justificar suficientemente que el tipo disciplinario era necesario "*para lograr los fines que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción*", que no se omitió.

10. Por tanto, se anulará, por no ajustarse a Derecho, la expresión: "*El no acatamiento de esta directriz se tomará como abandono del cargo*", ya que el deber de informar las faltas disciplinarias a la Procuraduría General de la Nación está en el sistema jurídico y, por tanto, es simplemente informativo.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Cauca administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO. ANULAR, por no ajustarse a Derecho, la expresión "*El no acatamiento de esta directriz se tomará como abandono del cargo*", contenida en la Circular 033 del 1° de abril de 2020, expedida por el municipio de Timbío – Cauca, al tenor de lo expuesto.

SEGUNDO. Notifíquese lo decidido al municipio en comento, a la Procuraduría y a la comunidad mediante aviso de conformidad con el CPACA y a través de los medios electrónicos correspondientes.

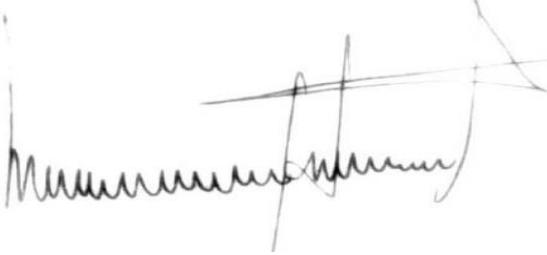
TERCERO. Publíquese esta decisión en la página web de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo o Rama Judicial o en el sitio web que disponga el Consejo Superior de la Judicatura y efectúese el registro de la actuación

¹⁸ Sentencias C-722 de 2015 y C-194 de 2011

en el Sistema Judicial Justicia Siglo XXI. En firme esta sentencia, archívese la actuación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,



CARLOS HERNANDO JARAMILLO DELGADO



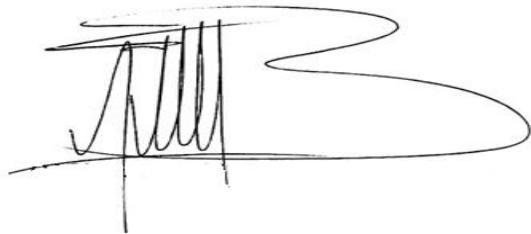
NAUN MIRAWAL MUÑOZ MUÑOZ



DAVID FERNANDO RAMÍREZ FAJARDO



JAIRO RESTREPO CÁCERES



CARLOS LEONEL BUITRAGO CHÁVEZ