

CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD - Características / CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD - Alcance / CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD - Elementos formales y materiales / DIRECTIVA TRANSITORIA No 005/PCTMAR-VPT/0-2020 DEL 8 DE ABRIL DE 2020 - COTECMAR - Se encuentra ajustada a la legalidad

Las medidas del orden interior, actos internos de la administración o expresiones del soft law administrativo como circulares, directivas y otros instrumentos que tienen como finalidad asegurar la cohesión y la coherencia de la actividad administrativa del Estado, también deben ser objeto del control inmediato de legalidad, toda vez que esas manifestaciones de la función administrativa están incluidas dentro del campo semántico del término «medidas», al que se refieren los artículos 20 de la Ley 137 de 1994 y 136 del CPACA [...] [L]a Sala encuentra que las medidas adoptadas en la directiva objeto de estudio no alteran ni afectan principios, reglas o cualquier otro mandato que consagre derechos o libertades humanas, el funcionamiento de las ramas del poder público, el diseño de la estructura del Estado o las funciones básicas de acusación y juzgamiento. [...] Del mismo modo, no se observa que las medidas adoptadas en la directiva resulten incompatibles con las condiciones en las que la entidad debe operar ordinariamente, toda vez que con ellas se busca adaptar y alinear la gestión corporativa con fundamento en los lineamientos que continúe emitiendo el Gobierno Nacional en el marco de la emergencia por la covid-19. [...] En este caso, no se observa que la directiva transitoria represente una afectación del contenido irreductible y esencial de ningún derecho y, en vez de representar una amenaza o vulneración, la medida tiene carácter protector, porque sirve para evitar el riesgo de una afectación mayor en materia de derechos sustanciales para los colaboradores de la entidad y sus usuarios externos, lo que denota que en este escenario no hay una contraposición de principios constitucionales que deban ser ponderados.

FUENTE FORMAL: CP - ARTÍCULO 215 / LEY 137 DE 1994 - ARTÍCULO 20 / CPACA - ARTÍCULO 111 NUMERAL 8 / CPACA - ARTÍCULO 136 / CPACA - ARTÍCULO 185

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SALA ESPECIAL DE DECISIÓN No 19

Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá, D. C., dieciocho (18) de agosto de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 11001-03-15-000-2020-01618-00(CA)

Actor: CORPORACIÓN DE CIENCIA Y TECNOLOGÍA PARA EL DESARROLLO DE LA INDUSTRIA NAVAL, MARÍTIMA Y FLUVIAL - COTECMAR

Demandado: DIRECTIVA TRANSITORIA No 005/PCTMAR-VPT/0-2020 DEL 8 DE ABRIL DE 2020 - COTECMAR

Referencia: DESARROLLO Y APLICACIÓN DEL CONTROL INMEDIATO DE

LEGALIDAD Y DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD RESPECTO DE LAS MEDIDAS ADMINISTRATIVAS DE EMERGENCIA ADOPTADAS A RAÍZ DE LA COVID-19. LEY 1437 DE 2011. DECLARA AJUSTADAS A DERECHO LAS MEDIDAS CONTENIDAS EN LA DIRECTIVA TRANSITORIA No 005/PCTMAR-VPT/0-2020 DEL 8 DE ABRIL DE 2020, EXPEDIDA POR EL PRESIDENTE DE COTECMAR.

ASUNTO

1. La Sala Especial de Decisión n.º 19 dicta la sentencia que en derecho corresponda, en el proceso judicial tramitado en virtud del medio de control inmediato de legalidad de que tratan 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 Directiva Transitoria n.º 005/PCTMAR-VPT/0-2020 del 8 de abril de 2020 «por medio de la cual se establecen y adoptan medidas preventivas sanitarias con ocasión al estado de emergencia económica, social y ecológica decretada por el Gobierno Nacional con ocasión a la pandemia Covid-19», expedida por el presidente de la Corporación de Ciencia y Tecnología para el Desarrollo de la Industria Naval, Marítima y Fluvial (Cotecmar).

ANTECEDENTES

2. Por medio de auto del 7 de mayo del año en curso, el despacho ponente avocó el conocimiento del presente medio de control y, en consecuencia, ordenó correr el traslado respectivo a Cotecmar e informar a la comunidad sobre la existencia del proceso a efectos de garantizarle a los ciudadanos la posibilidad de intervenir para defender o impugnar la legalidad del acto administrativo enjuiciado.

TEXTO DE LA DIRECTIVA

3. Se transcribe a continuación el texto del acto sometido a control:

«[...] CORPORACIÓN DE CIENCIA Y TECNOLOGÍA PARA EL DESARROLLO DE LA INDUSTRIA NAVAL, MARÍTIMA Y FLUVIAL

DIRECTIVA TRANSITORIA N.º 005/PCTMAR-VPEXE-VPT&O-2020
8 de abril de 2020

POR MEDIO DE LA CUAL SE ESTABLECEN Y ADOPTAN MEDIDAS PREVENTIVAS SANITARIAS CON OCASIÓN AL ESTADO DE EMERGENCIA ECONÓMICA, SOCIAL Y ECOLÓGICA DECRETADA POR EL GOBIERNO NACIONAL CON OCASIÓN A LA PANDEMIA COVID-19

DIRIGIDO A:
VICEPRESIDENTES
GERENTES UNIDADES DE NEGOCIO
GERENTES UNIDADES DE GESTIÓN ESTRATÉGICA
JEFES UNIDADES ASESORAS
JEFES UNIDADES DE GERENCIA Y PLANEACIÓN

[...]

INTRODUCCIÓN Y CONSIDERANDOS

Atendiendo las diversas regulaciones y lineamientos emitidos por el Gobierno Nacional para la prevención, mitigación y contención de la pandemia COVID-19, la Corporación ha implementado diversas medidas para evitar la propagación de la enfermedad, las cuales se encuentran completamente ajustadas con las indicaciones de las entidades gubernamentales.

Por otra parte, en su Manual de Gestión de Continuidad de Negocio (MGCN) COTECMAR tiene declaradas las pandemias como una de las amenazas del negocio, y en consecuencia debe adoptar las medidas necesarias para mantener su operación, marca y actividades de creación de valor fundamentales, que permitan mantener su fuerza laboral y satisfacer las necesidades a la Armada de Colombia, demás clientes y los diversos grupos de interés.

A su vez, COTECMAR como entidad comprometida con la protección y la provisión de medios para garantizar los derechos y libertades de las personas, la primacía de los intereses generales, la sujeción de las autoridades a la Constitución y demás preceptos del ordenamiento jurídico, el cumplimiento de los fines y principios esenciales estatales, el funcionamiento eficiente y democrático de la administración y la observancia de los deberes del Estado y de los Particulares, por la presente Directiva compila las instrucciones emitidas hasta la fecha y emite nuevas medidas relacionadas con la prevención de la propagación de la pandemia COVID-19 en la Corporación, previas las siguientes consideraciones legales:

- El Ministerio de Trabajo emitió la Circular n.º 0017 de 24 de febrero del 2020 por la cual estableció lineamientos mínimos a implementar de promoción y prevención para la preparación, respuesta y atención de casos de enfermedad por COVID-19, (antes denominado Coronavirus).
- Con la Circular n.º 0018 del 10 de marzo del 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, Ministerio de Trabajo y el Departamento Administrativo de la Función Pública, impartieron instrucciones correspondientes las acciones de contención ante el COVID-19 y la prevención de las enfermedades asociadas al primer pico de enfermedades respiratorias.
- Por medio de la Resolución n.º 380 del 10 de marzo de 2020, el Ministerio de Salud y Protección Social adoptó medidas preventivas sanitarias en el país, por causa del coronavirus COVID-19 y dictó otras disposiciones.
- Mediante la Directiva Presidencial n.º 02 del 12 de marzo de 2020, el señor Presidente de la República impartió directrices para atender la contingencia generada por el COVID-19, a partir del uso de las tecnologías de la información y las telecomunicaciones -TIC-.
- El Ministerio de Salud y Protección Social expidió la Resolución n.º 385 del 12 de marzo de 2020, por la cual declaró la emergencia sanitaria en el país tras la clasificación del COVID-19 como pandemia, por parte de la Organización Mundial de la Salud y como consecuencia de ello adoptó unas medidas para hacer frente al virus.
- Por medio de la circular CR-20200011 del 15 de marzo de 2020 la Capitanía de Puerto de Cartagena estableció el protocolo de manejo para el arribo de naves de tráfico marítimo y fluvial internacional de cualquier país de procedencia, a la ciudad puerto de Cartagena.

- A través del Decreto n.º 417 del 17 de marzo de 2020, el señor presidente de la República declaró un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional.
- Mediante la Circular n.º 0021 de 17 de marzo de 2020, el Ministerio de Trabajo y Protección Social estableció medidas de protección al empleo con ocasión de la fase de contención del COVID-19 y de la declaración de emergencia sanitaria.
- El Ministerio del Interior, mediante el Decreto n.º 457 del 22 de marzo de 2020 impartió instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del Coronavirus COVID-19 el mantenimiento del orden público.
- Por medio del Decreto n.º 491 del 28 de marzo de 2020, el Ministerio de Justicia y del Derecho adoptó medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades públicas y los particulares que cumplen funciones públicas y se toman medidas para la protección laboral y de los contratistas de prestación de servicios de las entidades públicas, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica.

I.OBJETIVO

De acuerdo con las anteriores consideraciones y con fundamento en lo previsto en los numerales 13 y 15 del artículo 3 del Decreto 457 del 22 de marzo de 2020 y el Decreto 491 del 28 de marzo de 2020, a través de la presente Directiva se compilan, establecen e imparten las siguientes instrucciones acerca de las medidas de contingencia adoptadas y debidamente articuladas con las instrucciones del Gobierno Nacional y Local, que faciliten el desarrollo de la operación de la Corporación como industria del sector Defensa, con las garantías y seguridad de nuestro grupos de interés.

II: INSTRUCCIONES GENERALES

- Articular, entre las Vicepresidencias, la operación y funcionamiento de la Corporación.
- Gestionar la continuidad de la operación, garantizando el cumplimiento de las medidas de contingencia que permitan desarrollar trabajos seguros por parte de colaboradores, contratistas y clientes en el marco de la coyuntura por la emergencia del COVID-19.
- Identificar y gestionar oportunidades de mejora en los procesos corporativos.
- Promover medidas generales preventivas de autocuidado y contagio en el contexto de la pandemia COVID-19.
- Disponer de las condiciones tecnológicas para que los colaboradores que laboren en la modalidad de trabajo en casa puedan hacer uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones y realizar las coordinaciones y manejos de información necesarios para garantizar el cumplimiento de sus funciones.
- Propender por el distanciamiento social, brindando facilidades para el desarrollo de reuniones de manera virtual, minimizando las sesiones de trabajo presenciales o concentración de varias personas en espacios reducidos de trabajo.
- Evitar desplazamientos entre sedes de los funcionarios y colaboradores, salvo que sean estrictamente necesarios para el ejercicio de sus funciones.
- Suspendir las comisiones nacionales e internacionales, hasta que las autoridades levanten las restricciones que han dispuesto para cualquier modalidad de transporte.

No obstante, los viajes nacionales para atender emergencias de los clientes estatales deberán ser evaluados puntualmente, previa coordinación con las autoridades respectivas para que se puedan realizar los desplazamientos en el territorio nacional.

- Realizar encuestas a los trabajadores que retornen a sus actividades, con el fin de conocer si presentan síntomas o estuvieron expuestos al virus.
- Adoptar medidas preventivas frente al personal con alta susceptibilidad de desarrollar un cuadro complicado o grave al adquirir la infección por COVID-19.
- Dar cumplimiento a la Guía para Notificación Casos Probables de COVID-19.
- Incrementar y mantener campañas de difusión y comunicación del autocuidado, así como de las que emita el Ministerio de Salud y Protección Social.
- Mantener actualizado el control presupuestal de los rubros corporativos de funcionamiento e inversión que se vean impactados con ocasión de las medidas adoptadas por la emergencia del COVID-19.
- Realizar monitoreos permanentes para identificar e implementar oportunamente los protocolos, medidas, procedimientos y lineamientos que emitan las autoridades nacionales y locales.
- Custodiar y conservar la documentación que en el marco de esta emergencia se genere al interior de la Corporación.
- Atender las recomendaciones y orientaciones que realice la Administradora de Riesgos Laborales -ARL-.
- Adaptar y alinear la gestión corporativa con fundamento en los lineamientos que continúe emitiendo el Gobierno Nacional en el marco de la emergencia por COVID19.
- Dar cumplimiento a las regulaciones al Código de Instalación Portuaria -PBIPe instrucciones de la autoridad marítima, con ocasión al COVID-19 [...]».

4. Igualmente, la directiva transitoria señala las responsabilidades por dependencias y sus procesos misionales, esto es, de la Oficina de Auditoría Interna, Vicepresidencia Ejecutiva, Gerencia de Talento Humano, Gerencia Financiera y Administrativa, Oficina HSEQ, Oficina de Seguridad Física, Oficina de Tecnologías de la Información y Comunicaciones, Oficina de Planeación, Oficina Jurídica, Vicepresidencia de Tecnologías y Operaciones, Gerencia Planta Mamonal, Gerencia Planta Bocagrande, Gerencia de Construcciones, Gerencia de Diseño e Ingeniería, Gerencia de Ciencia Tecnología e Innovación y Coordinación Comercial.

PRONUNCIAMIENTO DE COTECMAR

5. Mediante memorial con fecha del 22 de mayo de 2020 (rad. 220749R/OFJUR-20), Cotecmar, a través de apoderada, se pronunció para defender la legalidad de la Directiva Transitoria n.º 005/PCTMAR-VPT/0-2020 del 8 de abril de 2020. Con tal fin, señaló lo siguiente:

6. Inicialmente, la abogada resaltó que Cotecmar es una persona jurídica sin ánimo de lucro que surgió de la asociación entre entidades públicas y particulares, lo que de acuerdo con el Decreto 393 de 1991 (art. 5) y con la Ley 489 de 1998

(art. 68, par. 2.º), además de la jurisprudencia de la Corte Constitucional¹ y del Consejo de Estado², supone que el régimen jurídico aplicable a esa Corporación en lo relativo a su constitución, organización, funcionamiento y procedimiento de transformación, es el de derecho privado; independientemente de que se trate de un organismo descentralizado y de que deba observar los principios de la función administrativa consagrados en el artículo 209 de la Constitución.

7. En ese sentido, afirmó que desde el punto de vista formal, el presidente de Cotecmar es el competente para emitir la directiva transitoria enjuiciada, porque el numeral 1 del artículo 36 de los estatutos de esa Corporación le confiere esa facultad. También señaló que dicho documento está debidamente motivado, pues en él se encuentran consignadas las razones de hecho y de derecho que sustentan su expedición, las cuales se refieren, principalmente, al acatamiento de las normas relacionadas con la emergencia sanitaria y económica, social y ecológica por la enfermedad covid-19.

8. Por su parte, en lo referido al tema de fondo tratado en la directiva, aseguró que esta no suspende ni limita o lesiona derechos humanos o libertades fundamentales. Tampoco desmejora derechos de los trabajadores ni de las personas que pertenezcan a sus grupos de interés, y se ajusta a las normas que le son superiores en el ordenamiento jurídico.

9. Igualmente, precisó que las instrucciones impartidas en la directiva transitoria se circunscriben estrictamente al interior de Cotecmar y son las indispensables para atender y superar la crisis. Del mismo modo, son proporcionales a la situación excepcional a la que se refieren.

10. No obstante lo anterior, la apoderada estimó que en este caso no concurren todos los presupuestos que permiten el control inmediato de legalidad respecto de la directiva transitoria estudiada, toda vez que esta solo contiene instrucciones particulares para el personal específico y determinado de Cotecmar, por lo cual no es viable catalogarla como un acto administrativo de carácter general con efectos *erga omnes*. Esto, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 20 de la Ley 137 de 1994 y 136 del CPACA y de la jurisprudencia reciente del Consejo de Estado en el marco de este medio de control³.

¹ Sentencia C-230 de 1995.

² Sentencia del 5 de febrero de 2015, rad. 76001-23-31-000-2008-01176-01), Ddte. Municipio de Tuluá, sin más datos.

³ La abogada citó los pronunciamientos de esta Corporación así: «proveído del 8 de mayo de 2020, con radicado n.º 11001-03-15-000-2020-01061-00 (CA)A de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo al pronunciarse acerca de la Circular Interna 18 del 20 de marzo de 2020 del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación»; «providencia del 14 de mayo de 2020, con radicado n.º 11001-03-15-000-2020-01676-00 (CA)A Sala 20 Especial de Decisión de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, al analizar la Resolución 1023 del 6 de abril de 2020 de la Unidad de Gestión General del Ministerio de Defensa Nacional»; «auto del 30 de abril de 2020, con radicado n.º 11001-03-15-000-2020-01513-00 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Especial de Decisión n.º 27, que no avoca conocimiento de la Directiva 010 del 7 de abril de 2020, expedida por la ministra de Educación».

11. En esa ilación, aseveró que la sentencia del 27 de noviembre de 2014 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado (rad. 05001-23-33-000-2012-00533-01), que fue invocada en el auto que avocó el conocimiento de la directiva transitoria analizada, únicamente se refería a las circulares como actos sujetos al derecho administrativo y al medio de control de nulidad, frente a lo cual reiteró que a los actos de Cotecmar se les aplica el derecho privado.

12. Por todo lo dicho, la abogada pidió que se acogieran las razones expuestas para no estudiar la legalidad de la Directiva Transitoria n.º 005/PCTMAR-VPT/0-2020 del 8 de abril de 2020 a través de este medio de control o, en su defecto, que se declare que es válida a la luz de las normas en las que debía fundarse.

INTERVENCIONES CIUDADANAS

13. A pesar de que la Secretaría General de esta Corporación fijó un aviso⁴ en el que dio a conocer a la comunidad la existencia del presente proceso, no se presentó ninguna intervención ciudadana.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

14. La procuradora tercera delegada ante el Consejo de Estado emitió su concepto en este proceso. En él pidió que se declare la procedencia del medio de control inmediato de legalidad sobre la Directiva Transitoria n.º 005/PCTMAR-VPT/0-2020 del 8 de abril de 2020, emitida por el presidente de Cotecmar, e igualmente que esta se encuentra ajustada al ordenamiento jurídico. Al respecto presentó los siguientes argumentos:

15. Después de exponer algunas generalidades sobre el control inmediato de legalidad y los estados de excepción, el Ministerio Público señaló que en este caso sí procede ese mecanismo judicial extraordinario, porque la directiva transitoria está dirigida a un universo de destinatarios que va más allá de los empleados de esa Corporación, al involucrar a sus contratistas y clientes por la emergencia de la covid-19. Por ello, sostuvo que es posible inferir el carácter innominado, impersonal, abstracto y general del acto objeto de estudio y, en ese sentido, este se ajusta a los requisitos de los artículos 20 de la Ley 137 de 1994 y 136 del CPACA.

16. Asimismo, indicó que a Cotecmar, como dependencia adscrita indirectamente al Ministerio de Defensa Nacional, le son aplicables los conceptos básicos de administración pública consagrados en la Ley 489 de 1998. Así, al ser una entidad del Sector Administrativo de Defensa, debe observar las reglas sobre la capacidad general de esos organismos de conformidad con el CPACA, lo cual se vio reflejado con el cumplimiento de la competencia para expedir la directiva

⁴ El aviso respectivo se fijó entre el 12 y el 25 de mayo de 2020.

transitoria que se analiza por parte del presidente de esa Corporación, quien según el artículo 36 de sus estatutos tiene la facultad para proferirla.

17. Por otro lado, la procuradora delegada aseguró que la directiva está adecuadamente motivada, toda vez que en ella existe una referencia a los fundamentos jurídicos y fácticos para adoptar la decisión gerencial de compilar y formular las instrucciones de rigor, necesarias para cumplir las medidas preventivas para evitar la propagación del virus causante de la enfermedad covid-19. De esa manera, sostuvo que se desprende la relación causal o de conexidad material del acto estudiado, con lo dispuesto en el Decreto Legislativo 491 de 2020, enmarcado en el estado de emergencia económica, social y ecológica declarada a través del Decreto Legislativo 417 del mismo año.

18. Por último, en lo relativo al contenido de la decisión administrativa objeto de análisis, expresó que, teniendo en cuenta la situación excepcional y la necesidad de adoptar medidas sanitarias preventivas, esta resulta ajustada a la realidad estructural de Cotecmar y a sus requerimientos particulares, por lo que no es desproporcionada o desviada de los fines para los que fue concebida esa entidad.

CONSIDERACIONES

19. De conformidad con lo señalado por los artículos 20 de la Ley 137 de 1994 y 136 de la Ley 1437 de 2011, esta Corporación es competente para conocer del proceso de la referencia. Además, corresponde a esta Sala Especial dictar la sentencia respectiva en virtud de lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 185 *ibidem*⁵, en concordancia con el artículo 107 de la misma codificación, con el Acuerdo 080 del 12 de marzo de 2019⁶ y con lo aprobado por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sesión del 2 de abril de 2020, en la que se encomendó a las salas especiales de decisión el conocimiento de los procesos de esta naturaleza.

PROBLEMAS JURÍDICOS

20. La Sala se ocupará del estudio de los siguientes problemas jurídicos:

- 20.1. ¿El Consejo de Estado, como juez del control inmediato de legalidad, tiene competencia para enjuiciar la validez de la Directiva Transitoria n.º 005/PCTMAR-VPT/0-2020 del 8 de abril de 2020, emitida por el presidente de Cotecmar? Para resolver este problema resulta necesario solucionar los siguientes cuatro subproblemas:

⁵ CPACA, art. 185, n.º 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 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 [...].»

⁶ Reglamento del Consejo de Estado.

20.1.1. ¿Las «medidas de carácter general que sean dictadas en ejercicio de la función administrativa», a las que se refieren los artículos 20 de la Ley 137 de 1994 y 136 del CPACA como objeto del medio de control inmediato de legalidad, solo comprenden a los actos administrativos y, por lo tanto, la directiva no puede ser enjuiciada en este proceso?

20.1.2. ¿La directiva analizada es de «carácter general»?

20.1.3. ¿La directiva transitoria fue expedida en ejercicio de la función administrativa?

20.1.4. ¿La directiva fue expedida como desarrollo de un decreto legislativo con ocasión del estado de excepción?

20.2. El segundo problema jurídico es el siguiente: ¿La Directiva Transitoria n.º 005/PCTMAR-VPT/0-2020 del 8 de abril de 2020, expedida por presidente de Cotecmar, supera el juicio inmediato de legalidad, al igual que el test de proporcionalidad aplicable a las medidas administrativas de excepción?

Primer problema jurídico

21. ¿El Consejo de Estado, como juez del control inmediato de legalidad, tiene competencia para enjuiciar la validez de la Directiva Transitoria n.º 005/PCTMAR-VPT/0-2020 del 8 de abril de 2020, emitida por el presidente de Cotecmar?

Subproblema 1

22. ¿Las «medidas de carácter general que sean dictadas en ejercicio de la función administrativa», a las que se refieren los artículos 20 de la Ley 137 de 1994 y 136 del CPACA como objeto del medio de control inmediato de legalidad, solo comprenden a los actos administrativos y, por lo tanto, la directiva no puede ser enjuiciada en este proceso?

23. **Tesis de la Sala:** Las medidas a las que se refieren los artículos 20 de la Ley 137 de 1994 y 136 del CPACA comprenden, además de los actos administrativos, a aquellos actos internos o medidas del orden interior de la administración, por lo que la Directiva Transitoria n.º 005/PCTMAR-VPT/0-2020 puede ser enjuiciada en este proceso.

24. El artículo 20 de la Ley Estatutaria 137 de 1994 «por la cual se regulan los Estados de Excepción en Colombia» (que se replica en el artículo 136 del CPACA), dispone en su inciso primero que el control inmediato de legalidad procede frente a «medidas» administrativas generales como desarrollo de los decretos legislativos en los estados de excepción. En ese sentido, en el auto en el que se avocó el conocimiento de la directiva estudiada, se consideró que el término «medidas» no solo se refiere a los actos administrativos, que por definición son una manifestación unilateral de voluntad de la administración que crea, modifica o

extingue una situación jurídica, sino que abarca también a todos aquellos actos internos emanados de esta, cualquiera sea su contenido, como circulares, directivas y otros instrumentos, que tienen como finalidad asegurar la cohesión y la coherencia de la actividad administrativa del Estado.

25. Esta postura se apoyó en la sentencia del 27 de noviembre de 2014⁷ de la Sección Primera del Consejo de Estado (emitida en un proceso de nulidad), que cambió la línea jurisprudencial que indicaba la procedencia restringida del control judicial sobre circulares⁸ y otros instrumentos similares, el cual estaba sujeto a la condición de que la medida demandada revistiera el carácter decisorio de un acto administrativo⁹.

26. La variación jurisprudencial tuvo como premisa que el artículo 103¹⁰ del CPACA introdujo una modificación en el objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, sobre la finalidad expresa que tiene esta de preservar el orden jurídico (que no estaba señalada claramente en el artículo 82 del CCA¹¹), y

⁷ Cfr. CE, Sec. Primera, Sent., rad. 05001 23 33 000 2012 00533 01, nov. 27/2014. Esta postura jurisprudencial fue reiterada en otras providencias a saber: Cfr. CE, Sec. Primera, Sent., rad. 11001-03-24-000-2006-00394-00, feb. 4/2016; Auto, rad. 11001-03-24-000-2015-00265-00, feb. 8/2016; Auto, rad. 11001-03-24-000-2014-00645-00, sep. 14/2017.

⁸ Que no sean aquellas denominadas de «servicio» de conformidad con lo señalado en el inciso tercero del artículo 137 del CPACA, sobre la procedencia del medio de control de nulidad sobre las «circulares de servicio», entendidas estas como verdaderos actos administrativos por la jurisprudencia de esta Corporación desde la vigencia del CCA: «El Código Contencioso Administrativo, artículo 84, modificado por el artículo 14 del Decreto 2304 de 1989, prevé la posibilidad de demandar las circulares de servicio, en cuanto revistan el carácter de acto administrativo [...] Si la circular no tiene la virtud de producir esos efectos jurídicos externos, bien porque permanezca en el interior de los cuadros de la administración como una orientación para el desarrollo de la actividad administrativa, o bien porque se limite a reproducir la decisión de una autoridad diferente, no se considerará entonces un acto administrativo susceptible de control jurisdiccional, porque en dicha hipótesis no se presenta la posibilidad de que los derechos de los administrados sean vulnerados». CE, Sec. Primera, Sent., rad. 52361, feb. 3/2000.

⁹ Cfr. CE, Sec. Segunda, Subsec. B, Sent., rad. 08001-23-31-000-2010-00135-01, mar. 20/2013. En esta providencia se dijo lo siguiente: «Ha precisado esta Corporación que las instrucciones o circulares administrativas son susceptibles de ser demandadas ante la Jurisdicción Contenciosa si contienen una decisión de la Administración capaz de producir efectos jurídicos frente a los administrados, esto es, si son actos administrativos, pues si se limitan a reproducir el contenido de otras normas o las decisiones de otras instancias o a brindar orientaciones e instrucciones a sus destinatarios sin que contengan decisiones, no serán susceptibles de control judicial.

Igualmente se ha sostenido que si las circulares o las cartas de instrucción, tienen por objeto dar a conocer el pensamiento o concepto del superior jerárquico a sus subalternos, en relación con determinadas materias, o impartir instrucciones a los empleados de las distintas dependencias sobre la mejor manera de cumplir las disposiciones normativas, sin que se contengan decisiones, se está en presencia de simples actos de servicio». En el mismo sentido: 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.

¹⁰ 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).

¹¹ 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.

además, en el artículo 104¹², 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 CCA¹³). Además, y sobre todo, que la línea jurisprudencial que restringía el control judicial sobre circulares, directivas, memorandos, etc., establecía un ámbito exento de control judicial 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).

27. Esta tesis amplia también ha sido acogida por otros despachos en las salas especiales de decisión de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, al estudiar la admisibilidad del control inmediato de legalidad en el marco de los estados de emergencia económica, social y ecológica que han sido declarados por el Gobierno Nacional para afrontar la pandemia de la covid-19¹⁴. No obstante, asimismo, en algunos casos, se ha sostenido la postura restrictiva, entendiendo que más allá de la denominación que se le dé al acto, para avocar su conocimiento, lo que corresponde es identificar si este contiene las características propias de un acto administrativo, con sus respectivos efectos en el ordenamiento jurídico¹⁵. Esta tesis es apoyada en la jurisprudencia antes señalada sobre el control judicial sobre circulares y otros «actos de servicio» que requieren un contenido decisorio para ser enjuiciados, e igualmente, en lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 20 de la Ley 137 de 1994¹⁶ y en el artículo 185 del CPACA¹⁷, que se refieren a los «actos administrativos» que debe enviar la administración para su control automático por la jurisdicción de lo contencioso administrativo¹⁸⁻¹⁹.

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».

¹² 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).

¹³ 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».

¹⁴ Cfr. CE, SED n.º 9, Auto, rad. 11001-03-15-000-2020-01492-00(CA)A, may. 29/2020.

¹⁵ Cfr. CE, SED n.º 4, Auto, rad. 11001-03-15-000-2020-02610-00, jun. 25/2020.

¹⁶ L. 137/1994, art. 20, inc. 2.º: «[...] 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». (Negrita fuera de texto).

¹⁷ 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: [...]». (Negrita fuera de texto).

¹⁸ Cfr. CE, SED n.º 27, Auto, rad. 11001-03-15-000-2020-02564-00, jun. 12/2020.

¹⁹ En ese sentido, aunque sin detallar la referencia a la palabra «medidas» que existe en el primer inciso del artículo 20 de la Ley 137 de 1994, la Corte Constitucional, en la sentencia C-174 de 1994

28. A partir de lo anterior, la Sala estima que la disposición estatutaria del artículo 20 de la Ley 137 de 1994, ofrece un «caso difícil» de interpretación del derecho²⁰, por la ambigüedad que representa la utilización de los términos «medidas» y «actos administrativos», para referirse a aquellos textos normativos que deben ser objeto del control inmediato de legalidad. Esta situación ha derivado en, al menos, dos significados posibles, que reflejan dos normas a saber²¹: (i) el control inmediato de legalidad **solo** procede frente a actos administrativos (de carácter general), y (ii) este medio de control procede, **no solo** frente a esa clase de actos, **sino, también**, respecto de otros, sujetos al derecho administrativo (manifestaciones de la función administrativa), como circulares, directivas y demás actos internos de la administración.

29. De las normas que se acaban de enunciar²², la primera excluye a la segunda, toda vez que circunscribe el ámbito del control inmediato de legalidad únicamente a los decretos reglamentarios y demás actos administrativos que sean expedidos como desarrollo de decretos legislativos. Las raíces de esa tesis restrictiva sobre el examen judicial oficioso frente a la administración se encuentran, principalmente, en la máxima «*De minimis non curat praetor*»: hay que evitar congestionar el pretorio con litigios sin importancia²³, pues, tratándose de medidas de orden interior, tendrían una débil influencia, limitada a la cotidianidad ordinaria de los servicios. Igualmente, porque hacen parte de una «reserva de instrucción administrativa», una zona informal en materia de organización y relaciones

en la que se pronunció definitivamente sobre la constitucionalidad del proyecto de ley estatutaria, indicó que: «[E]n 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». (Negrita fuera de texto).

²⁰ Cfr. JAVIER TAMAYO JARAMILLO, *La decisión judicial*, t. I, Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 2011 (1.ª reimp. 2013), pp. 725-726.

²¹ «[M]uchas disposiciones –quizá: todas las disposiciones– presentan un contenido de significado complejo, en el sentido de que expresan no una única norma, sino una multiplicidad de normas conjuntas. En este sentido, a una sola disposición corresponden varias normas conjuntamente». RICCARDO GUASTINI, *Las fuentes del Derecho: fundamentos teóricos*, CÉSAR E. MORENO MORE (trad.), Lima, Ediciones Legales, 2017 (2.ª ed. En español), pp. 80-81. Nota 2 p. 80: «La terminología («disposición» vs. «norma») la hemos tomado prestada de V. CRISAFULLI, «Disposizione (e norma)», en *Enciclopedia del diritto*, vol. XIII, Milán, 1964 [...]».

²² «[L]os textos jurídicos son solamente disposiciones, signos que establecen ciertas normas. Estas normas son el significado que se les atribuye, significado que no se confunde con el texto como tal y que surge de la interpretación de la disposición. La norma es entonces la disposición interpretada [...]». CARLOS BERNAL PULIDO, *El Derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 210.

²³ JACQUELINE MORAND-DEVILLER, *Curso de Derecho Administrativo*, (10.ª ed.), ZORAIDA RINCÓN ARDILA y JUAN C. PELÁEZ GUTIÉRREZ (trads.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 373.

jerárquicas (al margen de los típicos decretos, resoluciones, ordenanzas, acuerdos, etc.), a favor de los jefes o cabezas rectoras de las entidades públicas²⁴.

30. Ahora bien, esta Sala estima que el criterio que se acaba de exponer debe dar paso al que admite la posibilidad de enjuiciar, en el control inmediato de legalidad, a los actos internos de la administración, así no sean actos administrativos, adoptando una interpretación en sentido lato de la palabra «medidas», a la que se refiere el primer inciso del artículo 20 de la Ley 137 de 1994. Esto se considera correcto en este momento, en el marco de un estado de emergencia sin precedentes, en el que la posibilidad de muchas personas para acceder a la administración de justicia se ha visto limitada, y en el que la exclusión del control judicial de legalidad oficioso de las medidas del orden interior permitiría la subsistencia de una «zona gris»²⁵ de actuación administrativa, por la frágil determinación jurídica de esos instrumentos dada su poca regulación, cuyo uso aumenta exponencialmente, en gran medida por la inmunidad de la que gozan²⁶.

31. En efecto, no existe en el ordenamiento jurídico un criterio específico para diferenciar en la práctica administrativa, en qué momento se está frente a un acto interno revestido de la reserva de instrucción propia de las relaciones jerárquicas al interior de las entidades públicas, o cuando se está de cara a decisiones administrativas que desbordan el principio de legalidad. Esta situación da cuenta de un vacío en el sistema de garantías, que a la luz de la tutela judicial efectiva, permita corregir las arbitrariedades de la actividad informal de la administración²⁷.

32. La presente postura implica analizar la actuación de la administración pública, además de bajo la perspectiva reglada, también a la luz de los principios de la función administrativa consagrados en el artículo 209 de la Constitución²⁸. En todo caso, respetando el equilibrio entre las ramas del poder público con la salvaguarda de la reserva de instrucción jerárquica al interior de las entidades, no desde la ausencia de control, sino a partir de la constatación, en un proceso judicial, de su adecuación a las competencias definidas en el ordenamiento jurídico y los demás límites materiales y formales de su ejercicio.

33. De conformidad con lo dicho, en lo relativo a este subproblema jurídico, la Directiva Transitoria n.º 005/PCTMAR-VPT/0-2020 sí puede ser enjuiciada en este proceso, independientemente de si tiene un contenido decisorio, o no. De esa manera, dado que la Ley Estatutaria 137 de 1994 incluye a todas las «medidas» administrativas generales dentro del control inmediato de legalidad, asimismo deben ser enjuiciadas las directivas, lo que se adecúa a la *ratio decidendi* de la

²⁴ 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. 70.

²⁵ *Ibidem*, p. 89.

²⁶ YVES GAUDEMET, «Les actions administratives informelles», en *Revue Internationales de droit comparé*, v. 46, n.º 2, París, 1994, p. 652. Citado en: *Ibidem*, p. 93.

²⁷ *Ibidem*, pp. 115 y 140.

²⁸ CP, art. 209: «La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad [...]».

sentencia de la Sección Primera del 27 de noviembre de 2014, la cual se concentró, como lo hace esta decisión, en la necesidad de acotar los espacios de inmunidad jurisdiccional en la actuación administrativa²⁹.

34. **En conclusión:** Las medidas a las que se refieren los artículos 20 de la Ley 137 de 1994 y 136 del CPACA comprenden, además de los actos administrativos, a aquellos actos internos o medidas del orden interior de la administración, por lo que la Directiva Transitoria n.º 005/PCTMAR-VPT/0-2020 puede ser enjuiciada en este proceso.

Subproblema 2

¿La directiva analizada es de «carácter general»?

35. **Tesis de la Sala:** La directiva analizada es una medida de carácter general, pues el hecho de que se dirija al ámbito interno de Cotecmar, no la hace perder su carácter general, impersonal o abstracto.

36. La directiva transitoria es una medida de carácter general, pues se refiere a una situación jurídica objetiva, abstracta o impersonal, no relacionada directa e inmediatamente con persona determinada o determinable^{30_31}. En ese sentido, el número de personas susceptibles de resultar afectadas por la medida no es determinante de su carácter general, aunque ellas se dirigen normalmente a un grupo de personas, pero puede dirigirse a una sola **en razón de su función y no a título nominativo**³².

37. Así, lo que diferencia a las medidas generales de las de contenido subjetivo o individual, es que en las últimas, para que sean tales, ha de estar presente la concesión o rechazo de un derecho particular³³, lo cual no sucede con el acto objeto de estudio, pues está dirigido, genéricamente, a algunos cargos de Cotecmar³⁴, más allá de los individuos que los ocupen. El Consejo de Estado ha señalado que el carácter individual de un acto está dado por la posibilidad de que los sujetos a los cuales está dirigido estén efectivamente individualizados e identificados, **de tal manera que el contenido del acto sea aplicable exclusivamente a esas personas y no a otras que puedan encontrarse en la misma situación**. De no entenderse así, todos los actos podrían ser calificados de individuales o subjetivos en la medida en que, por principio, los actos de las

²⁹ Tendencia de la que podemos ver un claro ejemplo en lo referido al control judicial de los denominados «actos de gobierno», los cuales fueron despojados de su inmunidad jurisdiccional, inicialmente por la jurisprudencia y luego por la legislación.

³⁰ Cfr. CE, Sec. Primera, Sent, rad. AC-1507, feb. 25/1994; Auto, rad. 2756, mar. 11/1994.

³¹ Cfr. LUIS ENRIQUE BERROCAL GUERRERO, *Manual del acto administrativo*, 7ª ed., Bogotá, Librería Ediciones del Profesional, 2016, pp. 144-145.

³² Cfr. JACQUELINE MORAND-DEVILLER, *op. cit.*, p. 382.

³³ Cfr. CE, Sec. Primera, Sent, rad. 2322, feb. 18/1994

³⁴ «Vicepresidentes, gerentes Unidades de Negocio, gerentes Unidades de Gestión Estratégica, jefes Unidades Asesoras, jefes Unidades de Gerencia y Planeación».

autoridades públicas tienen vocación de aplicación individual a quienes se encuentren en la situación prevista por el acto³⁵.

38. De conformidad con lo anterior, esta Corporación ha admitido que son medidas generales aquellas en las que se define una tramitación interna de orden organizacional en una entidad pública³⁶, lo cual se compagina con lo señalado por la doctrina que reconoce el carácter general de un acto que se dirige a situaciones como la delegación de funciones que el jefe de una entidad hace en un cargo desempeñado por un subalterno suyo o a la fijación del horario de trabajo para todos los empleados de una misma entidad³⁷.

39. **En conclusión:** La directiva analizada es una medida de carácter general, pues el hecho de que se dirija al ámbito interno de Cotecmar, no la hace perder su carácter general, impersonal o abstracto.

Subproblema 3

40. ¿La directiva transitoria fue expedida en ejercicio de la función administrativa?

41. **Tesis de la Sala:** La directiva transitoria fue expedida en ejercicio de la función administrativa por tratarse de un acto unilateral para dar cumplimiento a lo ordenado en el Decreto Legislativo 491 de 2020.

42. La directiva transitoria fue dictada en ejercicio de la función administrativa, ya que Cotecmar es una entidad pública descentralizada indirecta, que hace parte del Sector Administrativo de Defensa³⁸, y la directiva se refiere al cumplimiento de lo dispuesto en el Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020, por el cual el Gobierno Nacional adoptó medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades y los particulares que cumplan funciones públicas, y para la protección laboral de los servidores y de los contratistas de prestación de servicios de las entidades estatales, en el marco de la emergencia económica, social y ecológica, declarada a través del Decreto Legislativo 417 del 17 del mismo mes y año.

43. Así, a pesar de que la corporación Cotecmar se rige en lo pertinente por el derecho privado³⁹, al tratarse de una entidad sin ánimo de lucro conformada de la

³⁵ Cfr. CE, Sec. Primera, Auto, rad. 2756, mar. 11/1994.

³⁶ Cfr. CE, Sec. Primera, Sent, rad. 2322, feb. 18/1994

³⁷ Cfr. LUIS ENRIQUE BERROCAL GUERRERO, *op. cit.*, p. 144.

³⁸ D 1070/2015, art. 1.2.3.1, n.º 1: «Entidades Descentralizadas Indirectas. Son Entidades Descentralizadas Indirectas del Sector Defensa, las siguientes:

1. (Numeral corregido por el Decreto 156 de 2016, artículo 1). Corporación de Ciencia y Tecnología para el Desarrollo de la Industria Naval, Marítima y Fluvial (Cotecmar). Tiene como objeto el desarrollo y ejecución de la investigación, transferencia y aplicación de tecnología para la industria naval, marítima y fluvial».

³⁹ DL 393/1991, art. 5: «REGIMEN LEGAL APLICABLE. Las sociedades civiles y comerciales y las personas jurídicas sin ánimo de lucro como corporaciones y fundaciones, que se creen u organicen o en las cuales se participe con base en la autorización de que tratan los artículos precedentes, se regirán por las normas pertinentes del Derecho Privado».

asociación entre la Nación e instituciones y personas particulares⁴⁰, para adelantar actividades científicas y tecnológicas, proyectos de investigación y creación de tecnologías en los términos del Decreto Ley 393 de 1991, es necesario precisar que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁴¹, la sujeción al derecho privado de esas entidades se entiende sin perjuicio del acatamiento de los principios y reglas especiales propios de la función administrativa establecidos en el artículo 209 de la Constitución. Asimismo, el Consejo de Estado⁴² ha señalado que la identificación del ejercicio de la función administrativa en las entidades públicas sometidas a regímenes especiales similares, debe determinarse en cada caso concreto, a partir de la presencia de prerrogativas públicas o actos unilaterales.

44. De esa manera, entendiendo que la función administrativa es aquella especie de la función pública o estatal, que no es formalmente legislativa ni judicial, y que además se encuentra vinculada directamente con la consecución de los intereses públicos o los fines esenciales del Estado⁴³, cabe concluir que en el presente asunto, la Directiva Transitoria n.º 005/PCTMAR-VPT/0-2020 del 8 de abril de 2020, emitida unilateralmente por el presidente de Cotecmar, es una expresión de esa función, pues fue proferida para materializar los propósitos señalados en el artículo 2 de la Constitución⁴⁴, concretados en una norma del estado de excepción como lo es el Decreto Legislativo 491, que dio directrices a todos los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, órganos de control, órganos autónomos e independientes del Estado, y a los particulares cuando cumplan funciones públicas, respecto de la necesidad de evitar el contacto entre las personas y propiciar el distanciamiento social hasta tanto permanezca vigente la emergencia sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social⁴⁵.

⁴⁰ De acuerdo con la escritura pública de constitución de la Corporación (n.º 0616 del 21 de julio de 2000 de la Notaría Sexta del Circuito de Cartagena) y de la reforma de sus estatutos (n.º 1132 del 18 de junio de 2008) sus miembros son el Ministerio de Defensa (Armada Nacional), la Universidad Nacional de Colombia, la Escuela Colombiana de Ingeniería «Julio Garavito», la Corporación Universitaria Tecnológica de Bolívar y la Fundación Universidad del Norte.

⁴¹ C. Const. Sent. C-671, sep. 9/1999.

⁴² CE, Sec. Tercera, Auto, rad. 50001-23-31-000-2003-00277-01(27673): «[L]a prestación de los servicios públicos domiciliarios no es considerada, de manera general, como función pública, y será necesario determinar, en cada caso concreto, si la actividad que dio lugar a la controversia es de aquéllas que puede ser considerada como pública [...]».

⁴³ ALBERTO MONTAÑA PLATA, *Fundamentos de Derecho administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 100: «[T]odas las funciones del Estado o públicas en general son realización de los fines del Estado. Estos, sin embargo, satisfacen de manera directa los intereses que despiertan, únicamente con el ejercicio de la función administrativa. La realización entonces de los intereses públicos solo se alcanza de manera fáctica, a través del ejercicio de la función administrativa».

⁴⁴ CP, art. 2: «Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares».

⁴⁵ Se resalta que esta Corporación se ha referido a la posibilidad de identificar la función administrativa incluso en la celebración de los contratos estatales especiales (sometidos en mayor

45. **En conclusión:** La directiva transitoria fue expedida en ejercicio de la función administrativa por tratarse de un acto unilateral para dar cumplimiento a lo ordenado en el Decreto Legislativo 491 de 2020.

Subproblema 4

46. ¿La directiva fue expedida como desarrollo de un decreto legislativo con ocasión del estado de excepción?

47. **Tesis de la Sala:** La directiva transitoria fue expedida como desarrollo de los Decretos Legislativos 417 y 491 de 2020 y, por lo tanto, debe ser objeto del control inmediato de legalidad.

48. En la Directiva Transitoria n.º 005/PCTMAR-VPT/0-2020 del 8 de abril de 2020, se observa que esta se fundamentó, principalmente, en el Decreto Legislativo 491 de 28 de marzo de 2020, «Por el cual se adoptan medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades públicas y los particulares que cumplan funciones públicas y se toman medidas para la protección laboral y de los contratistas de prestación de servicios de las entidades públicas, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica». Por lo anterior, dado que ese acto administrativo tiene sustento en un decreto legislativo proferido en el marco del estado de excepción declarado a través del Decreto Legislativo 417 del 17 de marzo de 2020, también cumple con este requisito, por lo que esta Corporación es competente para conocer de su control inmediato de legalidad.

49. **En conclusión:** La directiva transitoria fue expedida como desarrollo los Decretos Legislativos 417 y 491 de 2020 y, por lo tanto, debe ser objeto del control inmediato de legalidad.

Segundo problema jurídico

50. ¿La Directiva Transitoria n.º 005/PCTMAR-VPT/0-2020 del 8 de abril de 2020, expedida por el presidente de Cotecmar, supera el juicio inmediato de legalidad, al igual que el test de proporcionalidad aplicable a las medidas administrativas de excepción?

51. **Tesis de la Sala:** La Directiva Transitoria n.º 005/PCTMAR-VPT/0-2020 del 8 de abril de 2020, expedida por el presidente de Cotecmar supera el juicio inmediato de legalidad. Además, toda vez que las medidas en ella adoptadas no enfrentan principios constitucionales o derechos fundamentales que deban ser ponderados, no requiere de la aplicación del test de proporcionalidad.

medida al derecho privado), por cuanto su celebración y ejecución constituye una actividad reglada y le son aplicables los principios de la función administrativa consagrados en el artículo 209 de la Constitución. En ese sentido, el juez de lo contencioso administrativo, como juzgador de la función administrativa, es el competente para conocer de sus controversias. Cfr. CE, Sec. Tercera, Auto, rad. 14202, ago. 20/1998.

52. Para resolver este interrogante, la Sala Especial de Decisión se ocupará de analizar los referentes normativos que deben tenerse en cuenta a la hora de ejercer el control judicial de las medidas generales adoptadas para afrontar el estado de emergencia, los cuales pueden esquematizarse como sigue a continuación:

52.1. JUICIO INMEDIATO DE LEGALIDAD	
Competencia	- ¿La autoridad que expidió el acto lo hizo en ejercicio de una atribución o facultad a ella asignada en un decreto legislativo de excepción o incluso en el ordenamiento jurídico ordinario con ocasión del estado de emergencia?
Motivación	- ¿La autoridad que adoptó la medida consignó en el acto las razones que la justifican? - ¿Las razones son suficientes? - ¿Las razones son concordantes con el control de la emergencia? - ¿Los motivos determinantes para la adopción de la medida se basan en hechos debidamente acreditados? - ¿Existen otros hechos que no hayan sido considerados y que habrían llevar a la toma de decisión sustancialmente distinta?
Ausencia de arbitrariedad	- ¿El acto expedido desvió las atribuciones propias de quien las profirió?
Expedición en forma regular / debido proceso	- ¿El acto fue expedido con el debido respeto a las facultades regladas y/o discrecionales propias de la función pública o administrativa? - ¿En el proceso de formación y expedición del acto se garantizó el derecho de audiencia y defensa? - ¿Si por razones de la emergencia se omitió algún trámite o procedimiento, quedó plenamente justificado?
Concordancia con el ordenamiento jurídico	- ¿Es concordante con la Constitución Política, la Ley 137 de 1994, los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia, los decretos legislativos de emergencia o cualquier otra norma que deba observar? - ¿El acto fue expedido con infracción de las normas en que debía fundarse? - ¿Vulnera el núcleo esencial de derechos y libertades fundamentales?

53. En todo caso, si en el desarrollo del anterior juicio el operador judicial encuentra que el estudio de las medidas objeto de control exige la ponderación de principios constitucionales en conflicto, debe integrar el análisis con la aplicación del test de proporcionalidad, cuya metodología puede sintetizarse así:

53.1. TEST DE PROPORCIONALIDAD		
Proporcionalidad	Test de idoneidad	¿La medida es útil para conjurar los hechos que dieron lugar a la declaratoria de emergencia o para limitar sus efectos?
	Test de necesidad	i) Fáctica: ¿Existe otra medida de excepción que pueda ser tan o más eficaz y menos limitativa? ii) Jurídica o juicio de subsidiariedad: ¿Existe otra norma en el ordenamiento jurídico ordinario que permita alcanzar el propósito de la medida de excepción suficiente y adecuadamente?
	Test de proporcionalidad en sentido estricto	¿La afectación que genera la medida de excepción excede sus beneficios? Al ponderar los principios en colisión se precisaron las razones por las cuales uno de ellos debe retroceder

54. Ahora bien, las circunstancias particulares dentro de las que se enmarca la situación de emergencia generada por la covid-19, hacen que el control que ejerce la jurisdicción respecto de dichas decisiones deba desarrollarse teniendo en consideración que las decisiones judiciales deben guardar relación directa con la realidad sociopolítica, económica y cultural del país, lo cual implica un carácter dinámico que puede dar lugar a variaciones en la lectura que materialmente debe hacerse de las normas, *a fortiori*, en la inédita situación que vive la humanidad desde el inicio del año 2020.

55. En efecto, conforme a la nueva realidad social e institucional, el juez del control inmediato de legalidad debe ponderar las medidas adoptadas a la luz de los requerimientos sociales, científicos, médicos, culturales, económicos y políticos que imponen las circunstancias del presente.

56. Hoy, en las circunstancias de la pandemia, se impone la comprensión del ordenamiento jurídico en clave de prioridades como la protección de la vida, salud e integridad de los asociados; la provisión de un sustento mínimo para la población más pobre y vulnerable que se ha visto forzada a abandonar las actividades de las que derivaba su fuente de subsistencia; el fortalecimiento del sistema sanitario y de las condiciones de seguridad del personal que labora en aquel; el suministro de herramientas para garantizar la continuidad del servicio público educativo; la protección especial de aquellas personas que por múltiples razones médicas puedan ser más vulnerables a la covid-19, entre muchas otras.

57. A partir de lo señalado, la Sala Especial de Decisión procederá a estudiar la validez de la Directiva Transitoria n.º 005/PCTMAR-VPT/0-2020 del 8 de abril de 2020, «por medio de la cual se establecen y adoptan medidas preventivas sanitarias con ocasión al estado de emergencia económica, social y ecológica decretada por el Gobierno Nacional con ocasión a la pandemia Covid-19», expedida por el presidente de Cotecmar. Con tal fin, procederá con el juicio inmediato de legalidad:

JUICIO INMEDIATO DE LEGALIDAD

i) Competencia de la autoridad administrativa

58. Examinada la directiva transitoria objeto del control inmediato, se concluye que la medida de emergencia fue proferida por autoridad competente, por cuanto la suscribió el presidente de Cotecmar, encargado de dirigir las actividades de esa Corporación, según lo dispone el numeral primero del artículo 36 de los estatutos de la entidad⁴⁶.

ii) Motivación

59. En la directiva examinada, el presidente de Cotecmar incluyó un acápite de consideraciones en el que expuso ampliamente los motivos que fundamentan las medidas allí adoptadas. En ella se informa del estado de emergencia económica, social y ecológica, al igual que del contenido del Decreto Legislativo 491 de 2020, expedido con ocasión de ella. En ese sentido, la disposición controlada indica que las decisiones se toman para compilar e impartir «[...] instrucciones acerca de las medidas de contingencia adoptadas y debidamente articuladas con las instrucciones del Gobierno Nacional y Local, que faciliten el desarrollo de la operación de la Corporación como industria del sector Defensa, con las garantías y seguridad de [sus] grupos de interés [...]».

60. Ese contexto fáctico y jurídico, armonizado con la necesidad de garantizar la continuidad en la prestación del servicio, sirvió de fundamento para que el presidente de Cotecmar adoptase las acciones estatales contenidas en aquella directiva. Por lo demás, no se observa la existencia de otros hechos que hayan pasado inadvertidos para la entidad y que, de haberse tenido en cuenta, le hubieren llevado a la adopción de una decisión diferente. En estas condiciones, es plausible concluir que el acto examinado tiene una motivación que resulta coherente, suficiente y veraz.

iii) Ausencia de arbitrariedad

61. La verificación de este requisito supone indagar si el acto expedido desvió las atribuciones propias de la entidad que lo profirió, para lo cual es preciso establecer si la medida tiene como propósito exclusivo conjurar la crisis e impedir que sus efectos se extiendan⁴⁷.

62. En el *dossier*, la finalidad de la Directiva Transitoria n.º 005/PCTMAR-VPT/0-2020 del 8 de abril de 2020 no es otra que implementar una serie de medidas tendientes a evitar que se propague el contagio de la enfermedad covid-19. Además, dada la necesidad de confinamiento que imponen las circunstancias actuales, la decisión establece una serie de condiciones que permiten tanto la

⁴⁶ «Artículo 36: FUNCIONES DEL PRESIDENTE: Son funciones del Presidente y su suplente: 36.1. Ejercer la representación legal de la CORPORACIÓN y dirigir sus actividades de acuerdo con las orientaciones del Consejo Directivo y las normas de los presentes estatutos». (Protocolizados en la escritura pública 1132 del 18 de junio de 2008 de la Notaría Sexta de Cartagena).

⁴⁷ Artículos 215 superior y 10 de la Ley 137 de 1994.

continuidad en la prestación del servicio público como el cumplimiento de las medidas de contingencia que permitan desarrollar trabajos seguros por parte de colaboradores, contratistas y clientes de Cotecmar, en el marco de la coyuntura por la emergencia de la covid-19. Esto permite sostener que, en efecto, el propósito de la decisión es hacer frente a la situación de emergencia, al igual que impedir la extensión de sus efectos.

iv) Expedición en forma irregular o con desconocimiento del derecho al debido proceso

63. Entre estas causales existe una íntima conexión debido a que se estructuran a partir de la transgresión del procedimiento administrativo, entendido como el conjunto de etapas necesarias para que se produzca una manifestación unilateral de voluntad de la administración que tenga como efecto crear, modificar o extinguir una situación jurídica.

64. En ese sentido, desde su forma, la directiva examinada tiene un encabezado, número, fecha, epígrafe o resumen de las materias reguladas, la indicación de la competencia o la referencia expresa de las facultades que se ejercen, el contenido de las materias reguladas u objeto de la disposición y la firma de quien las suscribe. Asimismo, no se evidencia la omisión de algún trámite legalmente establecido para proferirla.

v) Concordancia

65. A efectos de validar que las medidas administrativas de emergencia resultan concordantes, es preciso realizar un estudio que se compone de los siguientes niveles:

66. En el primero de ellos, se debe definir si la decisión de que se trata desconoce derechos o reglas que no pueden suspenderse, exceptuarse o limitarse bajo ninguna circunstancia, pues ello socavaría la esencia misma del Estado Social y Democrático de Derecho. Dentro de este concepto quedan comprendidos (i) los derechos humanos⁴⁸; (ii) el funcionamiento adecuado de las ramas del poder público de manera que se conserven los organismos y la estructura estatal

⁴⁸ En cuanto al alcance de dicha limitante, el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos aporta herramientas valiosas al disponer que, en caso de guerra, peligro público o de otra emergencia que amenace su independencia o seguridad, los estados parte pueden adoptar disposiciones que suspendan las obligaciones propias de aquel instrumento normativo, bajo la condición de que aquellas no contraríen el derecho internacional ni comporten una discriminación fundada en razones de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social. En el mismo sentido, el artículo 14 de la Ley Estatutaria de Estados de Excepción (LEEE) impide la segregación de la población con base en dichos criterios. En línea con ello, el artículo 4 de la LEEE consagró expresamente un listado de derechos que denominó intangibles al no poder ser afectados en razón de las medidas excepcionales. Así, además de los arriba indicados, contempló la intangibilidad de los derechos a no ser sometido a desaparición forzada, a torturas, ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; la prohibición de las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación; el derecho a contraer matrimonio el derecho a no ser condenado a prisión por deudas civiles; y el derecho al habeas corpus.

constitucionalmente diseñada; y (iii) las funciones básicas de acusación y juzgamiento.

67. Seguidamente, es preciso definir si se advierte que la medida enjuiciada transgredió alguna prohibición o mandato específico que establezcan i) la Constitución; ii) la Ley 137 de 1994 o Ley Estatutaria de Estados de Excepción⁴⁹; iii) los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia, respecto de las decisiones que puede tomar la administración en los estados de emergencia⁵⁰; iv) los decretos legislativos de emergencia y; v) cualquier otra norma que, sin pertenecer al régimen de excepción, ostente rango y fuerza de ley. Sin embargo, en este último caso, si se llega a verificar la violación de un precepto legal ello podría conducir a la nulidad de la medida, pero solo en aquellos casos cuando no exista un motivo que justifique razonablemente que la regulación de crisis debe sustituir temporalmente la regulación de normalidad.

68. Visto lo anterior, al estudiar el caso concreto, la Sala encuentra que las medidas adoptadas en la directiva objeto de estudio no alteran ni afectan principios, reglas o cualquier otro mandato que consagre derechos o libertades humanas, el funcionamiento de las ramas del poder público, el diseño de la estructura del Estado o las funciones básicas de acusación y juzgamiento.

69. Igualmente, las medidas son concordantes con la Constitución Política, la Ley 137 de 1994, los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia, los decretos legislativos de emergencia o cualquier otra norma que deba observar, porque la directiva transitoria controlada se limita a desarrollar lo preceptuado en el artículo 3 del Decreto 491 de 2020 sobre la prestación de los servicios a cargo de las autoridades y el fomento del distanciamiento físico, comoquiera que está dirigida a disponer de las condiciones para que los colaboradores de Cotecmar laboren en la modalidad de trabajo en casa y puedan hacer uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, además de realizar las coordinaciones y manejos de información necesarios para garantizar el cumplimiento de sus funciones.

⁴⁹ Dentro de este juicio se enmarca, por ejemplo, la proscripción de desmejorar los derechos sociales de los trabajadores. Aunque esta es una limitante impuesta en los artículos 215 Superior y 50 de la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción (LEEE), respecto de los decretos legislativos de excepción que profiere el Gobierno Nacional, con mayor razón debe aplicar para las demás medidas generales que adopte la administración pública con ocasión del estado de emergencia.

⁵⁰ El control de validez que realiza la Corte Constitucional respecto de los decretos legislativos de emergencia a través del «juicio de no contradicción específica» se agota en los primeros tres referentes normativos señalados. Sin embargo, el hecho de que el medio control inmediato de legalidad que corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo recaiga sobre disposiciones de inferior jerarquía, supone la ampliación de los parámetros o referentes normativos de control, de manera que también quedan incluidos allí los decretos legislativos de excepción y demás disposiciones con fuerza de ley. Seguidamente, la Convención prohíbe en forma expresa que se suspendan los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica; a la vida; a la integridad personal; a la libertad de conciencia y de religión; a la protección a la familia; al nombre; los derechos del niño; a la nacionalidad; y los derechos políticos. Además, proscribire levantar la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; al igual que restringir o negar los efectos del principio de legalidad y de retroactividad; o las garantías judiciales indispensables para la protección de aquellos derechos.

70. Del mismo modo, no se observa que las medidas adoptadas en la directiva resulten incompatibles con las condiciones en las que la entidad debe operar ordinariamente, toda vez que con ellas se busca adaptar y alinear la gestión corporativa con fundamento en los lineamientos que continúe emitiendo el Gobierno Nacional en el marco de la emergencia por la covid-19.

71. En este caso, no se observa que la directiva transitoria represente una afectación del contenido irreductible y esencial de ningún derecho y, en vez de representar una amenaza o vulneración, la medida tiene carácter protector, porque sirve para evitar el riesgo de una afectación mayor en materia de derechos sustanciales para los colaboradores de la entidad y sus usuarios externos, lo que denota que en este escenario no hay una contraposición de principios constitucionales que deban ser ponderados.

72. **En conclusión:** La Directiva Transitoria n.º 005/PCTMAR-VPT/0-2020 del 8 de abril de 2020, expedida por el presidente de Cotecmar supera el juicio inmediato de legalidad. Además, toda vez que las medidas en ella adoptadas no enfrentan principios constitucionales o derechos fundamentales que deban ser ponderados, no requiere de la aplicación del test de proporcionalidad.

Decisión

73. Por lo anterior, la Sala declarará ajustadas a derecho las medidas contenidas en la Directiva Transitoria n.º 005/PCTMAR-VPT/0-2020 del 8 de abril de 2020, expedida por el presidente de Cotecmar.

74. En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Especial de Decisión n.º 19, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

Primero: Declárense ajustadas a derecho las medidas contenidas en la Directiva Transitoria n.º 005/PCTMAR-VPT/0-2020 del 8 de abril de 2020, expedida por el presidente de Cotecmar.

Segundo: Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático correspondiente.

Notifíquese y cúmplase

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ
(Con aclaración de voto)

**LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ
BERMÚDEZ**
(Con aclaración de voto)

**STELLA JEANNETTE CARVAJAL
BASTO**
(Con salvamento de voto)

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS
(Con salvamento de voto)

NICOLÁS YEPES CORRALES
(Con aclaración de voto)

CONSTANCIA: La presente providencia fue firmada electrónicamente por los magistrados que conforman la Sala n.º 19 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.