

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A

CONSEJERO PONENTE: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá D.C., seis (6) de junio de dos mil veintidós (2022)

Referencia: NULIDAD

Radicación: 11001032500020210022200 (1385-2021)

Demandante: SINDICATO DE UNIFICACIÓN NACIONAL DE

TRABAJADORES DE LA DIAN Y FINANZAS PÚBLICAS

Demandados: MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO Y OTRO<sup>1</sup>

Tema: Límites al ejercicio de la potestad reglamentaria. Reactivación de las etapas de reclutamiento, aplicación de pruebas y periodo de prueba en los procesos de selección por mérito, suspendidos con ocasión de la situación de emergencia sanitaria generada por la Covid-19.

AUTO INTERLOCUTORIO O-030-2022

<SHAPE>

ASUNTO

Procede el despacho a resolver la solicitud elevada por la parte demandante para que se suspendan provisionalmente los efectos del acto administrativo enjuiciado.

ANTECEDENTES

En ejercicio del medio de control de nulidad que consagra el artículo 137 del CPACA, el Sindicato de Unificación Nacional de Trabajadores de la Dian y Finanzas Públicas, Siunedian Finanzas Públicas, presentó demanda<sup>2</sup> en contra de la Presidencia de la República y del Ministerio de Justicia y del Derecho. Como pretensión, solicitó se declare la nulidad del Decreto 1754 de 2020, «Por el cual se reglamenta el Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020, en lo relacionado con la reactivación de las etapas de reclutamiento, aplicación de pruebas y periodo de prueba en los procesos de selección para proveer los empleos de carrera del régimen general, especial y específico, en el marco de la Emergencia Sanitaria.».

En auto del 19 de noviembre de 2021, este despacho admitió la demanda<sup>3</sup>, ordenó citar al Departamento Administrativo de la Función Pública en calidad de demandado y se abstuvo de vincular al Departamento Administrativo de la

<sup>1</sup> Departamento Administrativo de la Función Pública. <sup>2</sup> Ff. 4 a 14 del cuaderno principal, expediente físico. <sup>3</sup> Índice 32, expediente electrónico.

Presidencia de la República. Admitida la demanda, en auto de la misma fecha<sup>4</sup>, se ordenó correr traslado de la solicitud de medida cautelar a las demandadas.

### SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR<sup>5</sup>

La organización sindical demandante pidió que se suspendan los efectos del Decreto 1754 de 2020 porque desconoce los artículos 29 y 189-11 de la Constitución Política, así como el artículo 14 del Decreto Legislativo 491 de 2020<sup>6</sup>. En su criterio, dicha transgresión se concreta en los siguientes vicios de nulidad:

Exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria<sup>7</sup>. El artículo 14 del Decreto Legislativo 491 de 2020 previó la suspensión de los concursos de mérito, luego no resultaba viable que el Gobierno Nacional, so pretexto de estar reglamentando dicha norma, estableciera las condiciones para que se reanudaran dichos procesos de selección en medio de la emergencia sanitaria generada por la pandemia.

Violación del derecho al debido proceso, que fundamentó en los mismo términos del anterior reproche.

Falsa motivación. El Decreto 1754 de 2020 incurrió en este vicio pues, a pesar de que la emergencia sanitaria decretada por el Ministerio de Salud y Protección Social aún se encontraba vigente, habilitó la reanudación de los concursos de mérito que se encontraban en las etapas de reclutamiento y aplicación de pruebas. Lo anterior, desconociendo que, por mandato del mencionado artículo 14, dichos procesos de selección fueron suspendidos mientras perdure la emergencia sanitaria.

### OPOSICIÓN A LA SOLICITUD

Ministerio de Justicia y del Derecho<sup>8</sup>

Esta cartera ministerial se opuso al decreto de la medida cautelar pues adujo que el acto demandado se expidió en ejercicio de la potestad reglamentaria que le asiste al Gobierno Nacional, en particular con fundamento en el numeral 11 del artículo 189 Superior y el artículo 14 del Decreto Legislativo 491 de 2020.

<sup>4</sup> Índice 33, expediente electrónico.

<sup>5</sup> Ff. 1 a 5, cuaderno de la medida cautelar.

<sup>6</sup> «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».

<sup>7</sup> Aunque la parte demandante desarrolló este reproche bajo el cargo de desviación de poder, materialmente su fundamentación da cuenta del vicio de falta de competencia por exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria.

<sup>8</sup> Índice 44, expediente electrónico.

Seguidamente, sostuvo que el contenido del Decreto 1754 responde al carácter transitorio del

aplazamiento de los concursos de mérito y se ajusta al levantamiento del confinamiento general, al esquema de aislamiento selectivo y al distanciamiento individual responsable, además de obedecer a la necesidad de reactivación productiva y gradual, acompañada del cumplimiento de las medidas de bioseguridad respectivas.

En ese contexto, explicó que la expedición del decreto estudiado atiende a las nuevas realidades que surgieron en materia epidemiológica y a las recomendaciones de las autoridades nacionales de salud, a partir de las cuales pudieron plantearse nuevamente escenarios de reclutamiento de aspirantes en los procesos de selección y la aplicación de las pruebas propias de estos concursos.

En armonía con lo anterior, destacó que la transitoriedad de la suspensión de los procesos de selección había sido avalada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-242 de 2020. Además, el ministerio demandado hizo énfasis en que el ingreso a la función pública a través de los concursos de mérito no puede suspenderse en forma indefinida.

Con base en estos razonamientos, concluyó que la solicitud de medida cautelar no reúne los presupuestos del artículo 231 del CPACA a efectos de desvirtuar la presunción de constitucionalidad y legalidad del Decreto 1754 de 2020.

Departamento Administrativo de la Función Pública<sup>9</sup>

Antes de centrarse en la defensa de la legalidad del acto acusado, llamó la atención sobre la existencia de un control automático de legalidad<sup>10</sup> y otro medio de nulidad simple<sup>11</sup> en los que también se está estudiando la validez del Decreto 1754 de 2020.

Dicho lo anterior, expuso que, siendo la carrera administrativa un eje axial de la Constitución Política y los concursos públicos la forma de acceder a ella, cualquier suspensión temporal en la materia debe interpretarse de manera restrictiva y transitoria, sin que se afecte el derecho de los ciudadanos al desempeño de funciones y cargos públicos por el sistema de mérito y en condiciones de igualdad. Señaló que en el momento en que se expidió el acto demandado, todas las actividades del país habían sido reanudadas bajo rigurosos protocolos de bioseguridad y que los concursos no podían ser la excepción.

Ante la imposibilidad de limitar permanente e indefinidamente los derechos constitucionales asociados a la carrera administrativa era claro que, una vez superadas las circunstancias que originaron su suspensión, la única forma de restablecer el estado constitucional de cosas era darle continuidad a los concursos de mérito.

<sup>9</sup> Índice 45, ibidem.

<sup>10</sup> Radicado 11001031500020210466400.

<sup>11</sup> Radicado 11001032500020210038500.

Bajo ese hilo argumentativo, afirmó que los artículos 189 Superior y 14 del Decreto Legislativo respaldaban suficientemente la expedición del acto acusado y destacó que la parte considerativa de este último documentó en forma abundante los hechos que justificaban «[...] (i) la inaplazable necesidad de reanudar el reclutamiento y aplicación de pruebas en los concursos adelantados por la CNCS, bajo el cumplimiento estricto de los protocolos de bioseguridad; (ii) la finalidad y teleología de la reglamentación del Decreto Legislativo 491 de 2020, en lo referente a los aspectos puntualmente definidos en los artículos 1° a 3° de la parte Resolutiva del Decreto 1754

de 2020, (iii) la incuestionable legalidad material del acto demandado bajo los actuales parámetros de aislamiento selectivo con distanciamiento individual responsable y los protocolos de seguridad adoptados en la actual coyuntura sanitaria [...]».

Finalmente, el DAFP alegó que, en el sublite, no estaban demostrados requisitos indispensables para el decreto de la medida cautelar, tales como la apariencia de buen derecho y el periculum in mora.

## CONSIDERACIONES

### Competencia

El despacho es competente para resolver la solicitud de suspensión provisional de los efectos de los actos demandados, de conformidad con los artículos 229 y 230 del CPACA<sup>12</sup>.

### Estudio normativo y jurisprudencial de las medidas cautelares

El artículo 229 del CPACA regula la procedencia de las medidas cautelares así:

«[...] ARTÍCULO 229. PROCEDENCIA DE MEDIDAS CAUTELARES. En todos

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

La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento [...]».

<sup>12</sup> CPACA, art. 229: «Procedencia de medidas cautelares. En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso a petición de parte debidamente sustentada podrá el juez o magistrado ponente, decretar en providencia motivada las medidas cautelares que considere necesarias [...]» y art. 230: «Contenido y alcance de las medidas cautelares. las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. para el efecto, el juez o magistrado ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas [...]».

El marco general de las medidas cautelares descansa en el loci propuesto por Chiovenda según el cual: «el tiempo necesario para tener razón no debe causar daño a quien tiene razón»<sup>13</sup>, de allí que la principal misión de esta interesante institución procesal es la tutela judicial efectiva, de tal suerte que se proteja y garantice el objeto del proceso, en forma temprana y provisional. En igual sentido, la norma en cita precisa que la medida cautelar principalmente propugna por la efectividad de la sentencia, esto es, que la decisión final, acompañada con la cautela, resuelva el litigio en sentido material y no como un simple formalismo sin alcances o incidencias en los derechos de los usuarios de la justicia.

Se entiende que el objeto del proceso es la cuestión litigiosa o «*thema decidendi*», el cual se sustenta inicialmente en la demanda que contiene las pretensiones, los fundamentos de derecho y de hecho. Para el juez es un reto decidir la medida cautelar presentada antes de la notificación del auto admisorio de la demanda<sup>14</sup>, puesto que básicamente solo tiene como fundamento la propuesta primaria de la solicitud y algunas luces adicionales en el escrito de la contraparte al

descorrer el traslado<sup>15</sup>. Prima facie, es cierto que la sola demanda podría ser un punto de partida precario, que lo es menos, si la petición de amparo temprano contiene argumentos sólidos y coherentes, lo cual denominamos fortaleza interna, la cual se reafirma si existe un nivel confiable de seguridad jurídica (fortaleza externa), esto es, si hay sentencias de unificación o precedentes consolidados que le pueden dar un mayor grado de certeza al juez cuando decida la medida cautelar.

Por ello, la primera condición de éxito de la solicitud la arraiga el artículo 229 del CPACA en que esté «debidamente sustentada», esto es, que tenga el potencial de convencer al juez, quien, por su parte, en actitud dialógica, estará dispuesto a escuchar los buenos argumentos y hacer la valoración de las pruebas aportadas, si fuere el caso.

La firmeza del punto de partida aquí señalado será la clave del ejercicio hermenéutico que ensamble los dos extremos, principio y fin del litigio. En efecto, cuando la decisión de la medida cautelar goza de precisión fáctica, normativa y apoyo en sentencias de unificación, ello ofrece al juez y a las partes una luz o faro que irradia todas sus etapas, con lo cual se avanza en la fijación temprana del litigio, orienta las etapas procesales e incluso tiene la virtud de hacer visibles o anunciar los principales fundamentos de hecho y de derecho de la sentencia, sin que ello signifique que se trata de una sentencia sumaria o anticipada, pues siempre ha de recordarse que la medida cautelar es provisional y, por tanto, puede ser revocada o

<sup>13</sup> Chiovenda, g., «notas a cass. roma, 7 de marzo de 1921». giur. civ e comm., 1921, p. 362.

<sup>14</sup> la medida cautelar puede presentarse antes de ser notificado el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada (art. 229 del CPACA).

<sup>15</sup> Excepto cuando se trate de solicitud de urgencia. artículo 234. medidas cautelares de urgencia. desde la presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte, el juez o magistrado ponente podrá adoptar una medida cautelar, cuando cumplidos los requisitos para su adopción, se evidencie que, por su urgencia, no es posible agotar el trámite previsto en el artículo anterior. esta decisión será susceptible de los recursos a que haya lugar. la medida así adoptada deberá comunicarse y cumplirse inmediatamente, previa la constitución de la caución señalada en el auto que la decreta.

ajustada en el transcurso del proceso, lo cual implica que el juez deberá estar atento a las múltiples variables jurídicas y fácticas que puedan incidir en los fundamentos en que se sustentó la decisión cautelar.

Esta última consideración es un punto crucial, puesto que en derecho no hay respuestas únicas correctas y de allí que el margen de desviación interpretativa es una variable difícilmente controlable por los jueces. Por ello, es preclaro el artículo 235 del CPACA que permite al juez de oficio o a petición de parte levantar, modificar o revocar la medida cautelar. Y en el mismo sentido, el artículo 229 del CPACA se convierte en un eficaz resguardo del juez respecto de posibles cuestionamientos o dudas sobre las decisiones adoptadas en una medida cautelar al indicar que «La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento». Por tanto, en el transcurso del proceso podrá ratificar, ajustar, corregir e incluso contradecir la decisión cautelar y, por ende, los argumentos consignados en la medida cautelar al momento de proferir la sentencia definitiva.

Es posible que tengan alguna razón (pero no toda) aquellos que sostienen que la medida cautelar

es para el juez una sentencia «a ciegas», lo cual no es necesariamente cierto si la decisión se ajusta a lo indicado en el artículo 231 del CPACA, el cual exige un cuidadoso ejercicio argumentativo que permite avizorar la hermenéutica plausible y la incidencia de ella en la sentencia futura. Si el camino interpretativo es incierto o poco lúcido, ello debería conducir a la negativa de la medida.

## LA DUDA RAZONABLE

Respecto de esta última afirmación, si el ejercicio hermenéutico es un laberinto acentuado por una precaria seguridad jurídica, por ejemplo, porque confluyen sentencias de unificación contradictorias (total o parcialmente), o porque hay dos o más decisiones judiciales dispares de las altas cortes<sup>16</sup>, entonces el juez tiene los argumentos necesarios para negar la medida cautelar por existir un alto nivel de

«duda razonable».

En la misma ilación, el juez también puede argumentar «duda razonable» para negar la medida cautelar cuando observa genuinas antinomias, o por lo menos avizora, lo que podríamos denominar incongruencias normativas que no han sido resueltas por la jurisprudencia<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> El mal llamado «choque de trenes» que ha sucedido con cierta frecuencia en vigencia de la constitución política de Colombia del año 1991.

<sup>17</sup> Sección quinta. auto de sala unitaria del 18 de septiembre de 2012, magistrado Alberto Yepes Barreiro, radicación 11001-03-28-000-2012-00049-00, medio de control nulidad electoral, actor: Leonardo Puertas, demandada la Corporación Autónoma Regional de la Guajira. En dicho auto al analizar las normas poco congruentes que regulan la integración del consejo directivo de una corporación regional argumentó lo siguiente: «[...] las anteriores razones llevan a la sala a concluir que existe una duda razonable en la determinación del número de miembros que componen el consejo directivo de la corporación autónoma regional de la guajira [...]».

Por otra parte, si uno de los problemas jurídicos principales está relacionado con pruebas que son concluyentes para edificar la sentencia y, que al momento de decidir la medida cautelar no están controvertidas o son de aquellas que requieren ser complementadas, entonces en dichos casos el juez también podría argumentar que existe una «duda razonable», porque el éxito de la pretensión implica el recaudo y valoración probatoria que sólo puede cumplirse luego del ritual procesal pertinente<sup>18</sup>.

Otra situación interesante es la concurrencia de dos interpretaciones plausibles para la solución del caso concreto, sin que exista sentencia de unificación o precedente jurisprudencial que disuelva la dicotomía o el posible dilema. En estos eventos el juez podrá hacer uso de una estricta ponderación hermenéutica y si el resultado no le permite inclinarse por una u otra interpretación (lo cual no es frecuente) también podría fundamentarse la negación de la medida cautelar en la «duda razonable»<sup>19</sup>.

Ahora bien, este es el momento de hacer una advertencia necesaria: la «duda razonable» no puede convertirse en una muletilla que enmascare el viejo argumento del artículo 152 del CCA, el cual auspiciaba una opción formalista al indicar que debía tratarse de «manifiesta infracción» de las disposiciones invocadas, bien por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud. Se recuerda que ello podría llevar a una facilista perspectiva de «manifiesta infracción» con la cual fueron negadas la mayoría de las solicitudes de medidas

cautelares (en vigencia del CCA), lo que en el fondo implicaba el aplazamiento de la decisión para la sentencia, y de esta manera el juez evitaba el compromiso temprano y oportuno de pronunciarse sobre el derecho en litigio.

## LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y PRINCIPIOS QUE DISIPAN LA DUDA RAZONABLE

La «duda razonable» debería ser la última ratio de la decisión negativa de la medida cautelar porque los principios generales del derecho y, en particular, los derechos fundamentales contienen sólidos argumentos que permiten al juez superar las dudas que solo en ciertos y determinados casos se pueden calificar como razonables.

Por otra parte, es importante distinguir el peso argumentativo de la «duda razonable», el cual está muy distante de la «indecisión» o «las perplejidades» del

<sup>18</sup> Sección Quinta. Auto de sala unitaria del 17 de marzo de 2016 con ponencia de la magistrada Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, radicación 76001-23-33-000-2015-01577-01, actor: Geimi Beltrán Fernández, demandado: municipio de Cali, medio de control de nulidad electoral en el que confirmó la negativa de suspensión provisional.

<sup>19</sup> Sección Quinta. Auto de sala unitaria del 27 de junio de 2018 con radicación número: 11001-03-28-000-2018-00063-00. actor: Gustavo Adolfo Prado Cardona, demandado: Consejo Nacional Electoral. Asunto: nulidad contra acto de contenido electoral. [...] por consiguiente, la declaratoria de la medida suspensiva deberá ser negada, luego de que existen dos o más interpretaciones plausibles sobre el punto de derecho que se analiza, pues ello conlleva, prima facie, una duda razonable en relación con la violación normativa puesta de presente, como en otras providencias ha sido explicado por el despacho<sup>19</sup>, e incluso por esta sala de sección<sup>19</sup>. [...]

juez, estas últimas derivadas, tal vez, de la inexperiencia o de la incompreensión del litigio propuesto, o porque el juez desconoce algunos principios útiles cuando se trata de medidas cautelares, entre otros: «precaución» y «prevención».

El «principio de precaución»<sup>20</sup> (Vorsorgeprinzip) tiene gran relevancia cuando se trata de decidir asuntos de repercusiones ambientales (bióticos, físicos y sociales), desarrollado por primera vez en Alemania<sup>21</sup> con el fin de precaver los efectos dañinos como consecuencia del uso de químicos que solo pueden ser evaluados varios años o incluso décadas después. Por ello, se justifica aunque no exista certeza científica, pero sí serias sospechas de afectación del delicado equilibrio de los ecosistemas y las probables consecuencias nocivas para la vida sobre la tierra. Este principio le permite al juez sustentar la adopción de medidas cautelares de suspensión de los efectos de los actos administrativos o incluso de medidas cautelares positivas, esto es, órdenes preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, tal y como lo autoriza el artículo 230 del CPACA.

El principio de precaución ha tenido su principal aplicación en los riesgos ambientales, pero ello no impide que pueda ser extendido a muchos otros eventos de la vida y la sociedad, puesto que su fundamentación radica en la «prudencia», virtud que Aristóteles ubica en la sabiduría práctica como «un estado, razonable y cierto, en el que se tiene la capacidad de actuar con vistas al bien humano»<sup>22</sup>. Así las cosas, la «prudencia» es razonabilidad práctica, esto es, el acopio de conocimientos para tomar las mejores decisiones. Por ello el citado principio también podría servir de fundamento al juez para adoptar medidas cautelares cuando se trate de riesgos de medicamentos, nuevos tratamientos médicos o quirúrgicos, posible afectación de la salud en

general<sup>23</sup>, riesgos de nuevas tecnologías<sup>24</sup>, probables movimientos masivos de tierra, desbordamientos de ríos, etc.<sup>25</sup>, si se tiene conocimiento de indicios serios y graves que puedan ser causa o efecto de un posible daño.

<sup>20</sup> Sección tercera. Auto del 8 de noviembre de 2018. ponente: Ramiro Pazos Guerrero, nulidad simple, radicación 11001032600020160014000 (57.819), demandante: Esteban Antonio Lagos González, demandada: Nación, Ministerio de Minas y Energía. Esta decisión fue confirmada en Sala Plena de la Sección Tercera, mediante auto del 17 de septiembre de 2019 con ponencia de la magistrada María Adriana Marín, providencia que tuvo cuatro salvamentos de voto en la parte resolutive advirtió que la cautelar no impide la realización de proyectos pilotos en áreas con posible despliegue de técnicas de fracturamiento hidráulico de roca generadora mediante perforación horizontal.

<sup>21</sup> En Alemania se adoptó este principio en la década de los años 70. por su parte la «Convención marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático», suscrita en Nueva York el 9 de mayo de 1992, fue ratificada en Colombia mediante la ley 164 de 1994, declarada exequible por la corte constitucional en la sentencia C-073 de 1995.

<sup>22</sup> Aristóteles, ética a Nicómaco, libro ii, cap. 2.

<sup>23</sup> Corte Constitucional, sentencia t-1077 de 2012, m.p. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

<sup>24</sup> Esteve Pardo, José "la intervención administrativa en situaciones de incertidumbre científica. el principio de precaución en materia ambiental" en: derecho del medio ambiente y administración local, pág. 205 y s.s.

<sup>25</sup> Los principios de precaución y prevención han enriquecido la normativa relacionada con la gestión de riesgos y prevención de desastres naturales, desarrollado en la ley 1523 de 2012, "por la cual se adopta la política nacional de gestión del riesgo de desastres y se establece el sistema nacional de gestión del riesgo de desastres y se dictan otras disposiciones".

Ahora bien, si el juez tiene elementos de juicio que le den certeza sobre la ocurrencia del daño, entonces el principio relevante en la decisión judicial es el de la

«prevención», que encuentra fundamento normativo en la Declaración de Estocolmo de 1972, la Carta Mundial de la Naturaleza de 1982 y la Declaración de Río de 1992. En efecto, la jurisprudencia constitucional ha precisado dos requisitos: (i) el conocimiento previo del riesgo de daño ambiental y (ii) la implementación anticipada de medidas para mitigar los daños. Este se materializa en mecanismos jurídicos como la evaluación del impacto ambiental o el trámite y expedición de autorizaciones<sup>26</sup>.

## EL CARÁCTER PROVISIONAL DE LA MEDIDA CAUTELAR

Es oportuno citar al tratadista español Eduardo García de Enterría, quien en su libro Democracia, jueces y control de la administración<sup>27</sup> precisó lo siguiente:

«[...] Por otra parte, la medida cautelar es esencialmente provisional, puede ser revocada o corregida a lo largo del proceso, según se vayan "constatando" los hechos y el derecho relevantes, y no condiciona en ningún sentido la sentencia final, aunque de hecho la anuncie (que es algo distinto de anticipar) en la mayor parte de los casos. Todas las medidas cautelares se apoyan, en definitiva, en dos principios esenciales, la rapidez y eficacia, y en tal sentido es la

única arma disponible contra el bloqueo de la justicia y contra el abuso de la misma por contendientes injustos; una justicia inmediata no necesitaría medidas cautelares, como una injusticia lenta se hace ineficaz y aun una burla (justice delayed is justice denied, dicen los ingleses: justicia retrasada es justicia denegada), se deslegitima ante los ciudadanos si no es capaz de arbitrar medidas cautelares para evitar la ventaja injusta que de ese retraso extraen algunos justiciables [...].».

Ahora bien, el artículo 230 del CPACA indica que las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas o de suspensión, si y solo si tienen relación directa y necesaria con las pretensiones y las excepciones<sup>28</sup> -si se ha contestado la demanda-, esto es, con el objeto del litigio y que tengan incidencia en la realización plena de la sentencia.

Es interesante destacar la diferencia entre la institución de «la medida cautelar» y la otra que la doctrina ha denominado la «tutela anticipada». La primera, tal y como está regulada en el CPACA, tiene como misión principal asegurar el disfrute eventual y futuro del derecho cautelado. La segunda, esto es la «tutela anticipada» posibilita la inmediata realización del derecho. Esta última, afirma Daniel Mitidiero:

<sup>26</sup> Corte Constitucional, sentencia T-733 de 2017, m.p. Alberto Rojas Ríos.

<sup>27</sup> García De Enterría, Eduardo. Democracia, jueces y control de la administración. 4.ª Ed. ampliada. Madrid, Civitas, 1998, p. 290.

<sup>28</sup> Se entiende que la medida cautelar debe tener coherencia con las excepciones, si se ha notificado y contestado la demanda, o en el escrito que descurre el traslado de la medida cautelar, la contraparte propone alguna de las excepciones denominadas mixtas: cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva (art. 180, núm. 6).

«[...] tiene por función combatir el peligro de tardanza de la resolución jurisdiccional componiendo la situación litigiosa entre las partes provisionalmente [...]»<sup>29</sup>.

En el caso bajo examen la solicitud se contrae a la suspensión de los efectos de un acto administrativo (medida negativa) sin que se vislumbre necesidad de una medida positiva (que implique obligación de hacer). En consecuencia, el análisis se contraerá a la pertinencia de la suspensión provisional de los efectos, el cual procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se ha anexado en escrito separado.

El primer punto para examinar es el relacionado con la confrontación del acto administrativo con las normas superiores invocadas como violadas, lo cual, en cierta medida, pone en tela de juicio la presunción de legalidad y ejecutividad del acto administrativo. Ahora bien, a la luz del CPACA se trata de una confrontación integral o plena, sin el matiz que contemplaba el antiguo Código Contencioso Administrativo el cual autorizaba la medida cautelar si se trataba de una «manifiesta infracción»<sup>30</sup>, argumento que fue recurrente en las decisiones de aquel entonces y que sirvió de fundamento para negar la mayoría de las medidas cautelares solicitadas.

Veamos la nueva redacción del artículo 231:

«[...] **Artículo 231. Requisitos para decretar las medidas cautelares.** Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en

escrito separado, **cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.** Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos [...]. (Negrita fuera de texto).

Según el artículo 231 del CPACA, cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la confrontación con las normas superiores invocadas ha de entenderse como el análisis integral que debe hacer el juez, lo cual implica dilucidar, entre otros, los siguientes problemas hermenéuticos: (i) vigencia de las normas; (ii) examen de posibles juicios de constitucionalidad o de legalidad de las normas supuestamente infringidas; (iii) jerarquía normativa; (iv) posibles antinomias; (v) ambigüedad normativa; (vi) sentencias de unificación, doctrina probable, jurisprudencia sugestiva, etc.; (vii) integración normativa; (viii) criterios y postulados de interpretación; (ix) jerarquía de los criterios y postulados de interpretación, etc.

Ahora bien, prima facie, la apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris* que describen los ordinales 1.º y 2.º del artículo 231 del CPACA nos indica que es un requisito más propicio de las medidas cautelares positivas; no obstante, cuando se

<sup>29</sup> Mitidiero, Daniel. Anticipación de tutela. De la tutela cautelar a la técnica anticipatoria. Madrid, 2013, Marcial Pons, p. 41.

<sup>30</sup> El artículo 152 del Decreto 01 de 1984, incluía el adjetivo «manifiesta infracción».

trata de medidas cautelares negativas, como la suspensión de los efectos del acto demandado, resulta pertinente, pero en sentido inverso, esto es, no como apariencia de buen derecho, sino como apariencia de ilegalidad, lo cual justifica la tutela cautelar temprana siguiendo la doctrina italiana, según la cual, ante la imposibilidad de una respuesta definitiva en un plazo razonable, es pertinente una respuesta provisional en un tiempo justo<sup>31</sup>. El sentido de apariencia de ilegalidad lo precisa Chinchilla Marín así:

«[...] de la misma forma que la intensidad con la que el interés general reclama la ejecución de un acto es tenida en cuenta por los tribunales para determinar la intensidad del perjuicio que se exige para adoptar la medida cautelar, la intensidad con que se manifieste la apariencia de buen derecho, que es tanto como decir la apariencia de ilegalidad del acto administrativo, debe también tomarse en consideración para determinar la medida del daño que cabe exigir para apreciar la existencia del *periculum in mora* necesario para otorgar la medida cautelar solicitada.[...]»<sup>32</sup>.

Por otra parte, es necesario anotar que la suspensión de los efectos de un acto administrativo no es la única medida cautelar que puede ser decretada por el juez o magistrado ponente encargado de resolver la petición. Así está previsto en el inciso 1.º del artículo 229 de la Ley 1437 el cual indica lo siguiente:

«[...] En todos los procesos declarativos, que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado el auto admisorio de la demanda, o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el juez o magistrado ponente, decretar en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia [...]. (Negrita fuera de texto).

En consonancia con la disposición en cita, el artículo 230 *ut supra* respecto del contenido y

alcance de las medidas cautelares dispone que éstas «podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda». A su vez determina que el juez o magistrado ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas:

«[...] 1. Ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible.

<sup>31</sup> Chinchilla Marín, Carmen. La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa, Madrid, Civitas, 1991, p. 128, citada por Daniela s. sosa y Laura E. Giménez, régimen cautelar en el proceso contencioso administrativo de Córdoba. biblioteca jurídica virtual del instituto de investigaciones jurídicas de la Unam.

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3282/8.pdf>. consultado el 30 de julio de 2018.

<sup>32</sup> Chinchilla Marín, Carmen «las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo en España», p. 156, en la publicación «las medidas cautelares en el proceso administrativo en Iberoamérica», asociación de magistrados de tribunales contencioso administrativos en los estados unidos mexicanos, México 2009, tomado el 30 de julio de 2018.

página electrónica: <https://es.scribd.com/document/209225123/las-medidas-cautelares-en-el-proceso-administrativo-en-iberoamerica>

Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. A esta medida solo acudirá el Juez o Magistrado Ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello fuere posible el Juez o Magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida.

Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.

Ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos.

Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer.

Parágrafo. Si la medida cautelar implica el ejercicio de una facultad que comporte elementos de índole discrecional, el Juez o Magistrado Ponente no podrá sustituir a la autoridad competente en la adopción de la decisión correspondiente, sino que deberá limitarse a ordenar su adopción dentro del plazo que fije para el efecto en atención a la urgencia o necesidad de la medida y siempre con arreglo a los límites y criterios establecidos para ello en el ordenamiento vigente [...]».

De la lectura de los artículos 229, 230 y 231 del CPACA se llega a las siguientes conclusiones:

(i) cuando se trata de la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo es necesario que el juez o magistrado ponente realice la confrontación del acto demandado con las normas superiores invocadas y las pruebas allegadas con la solicitud, tal como lo dispone el artículo 231 ibidem; (ii) la ley concedió al juez o al magistrado ponente la potestad de adoptar las

medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar provisionalmente el objeto de proceso y la efectividad de la sentencia, entre las cuales se encuentra suspender un proceso o una actuación administrativa, artículo 230 de CPACA; y (iii) en aquellos casos en que se declara una medida cautelar diferente a la suspensión de los efectos de un acto administrativo se deben observar los supuestos de apariencia de buen derecho y periculum in mora.

### Problemas jurídicos

Para definir si procede la suspensión provisional solicitada, es preciso dar respuesta a los siguientes interrogantes:

1. ¿Al proferir el Decreto 1754 de 2020, el Gobierno Nacional<sup>33</sup> excedió el ejercicio de la potestad reglamentaria respecto del artículo 14 del Decreto Legislativo 491 de 2020?
2. ¿El Decreto 1754 de 2020 incurrió en el vicio de falsa motivación al tener por acreditadas, sin que esto fuera cierto, las circunstancias exigidas para poder

<sup>33</sup> En este caso en cabeza del presidente de la República, del Departamento Administrativo de la Función Pública y del Ministerio de Justicia y del Derecho.

reanudar los concursos de mérito que se encontraban en las etapas de reclutamiento o de aplicación de pruebas?

**Primer problema jurídico:** ¿Al proferir el Decreto 1754 de 2020, el Gobierno Nacional excedió el ejercicio de la potestad reglamentaria respecto del artículo 14 del Decreto Legislativo 491 de 2020?

Con el fin de dar respuesta a este interrogante, el despacho se ocupará, en un primer momento, de plantear un marco conceptual relativo a la potestad reglamentaria para entonces proceder con el análisis del artículo 14 del Decreto Legislativo 491 de 2020 y, finalmente, resolver el caso concreto.

#### ○ Ejercicio de la potestad reglamentaria

Uno de los rasgos característicos del sistema jurídico colombiano es la organización jerárquica que se le ha otorgado a los diferentes tipos de normas que lo integran, organización que supone la existencia de una estructura escalonada, si se quiere piramidal, en la que cada categoría normativa tiene características propias que influyen directamente en el rango que se les otorga y, por consiguiente, en la relación de subordinación predicable entre unas y otras. Todo ello responde a una teleología particular que no es otra que permitir la construcción sistemática, coherente y racional del ordenamiento jurídico.

El hecho de que esta estructura jerárquica no aparezca definida explícitamente en la Constitución Política no es óbice para afirmar su existencia ya que a lo largo de este texto pueden encontrarse sendas disposiciones que dan cuenta de la primacía o sujeción que se le confiere a cada tipología normativa. Así, por ejemplo, el artículo 4.º superior, prevé que «[...] La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales [...]».

De esta forma, se ha entendido que la Constitución y los preceptos convencionales

que se integren al ordenamiento jurídico interno, ocupan el nivel más alto dentro de este, seguidas en orden por las leyes que deben expedirse con sujeción a aquellas y por los actos administrativos, los que de acuerdo a la categoría en la que puedan clasificarse deberán obedecer a la Constitución y a la ley, o en algunos casos, solo a la primera.

Dicha estratificación normativa se convierte en un criterio de validez que ha sido explicado en los siguientes términos por la Corte Constitucional:

[...] La unidad del sistema jurídico, y su coherencia y armonía, dependen de la característica de ordenamiento de tipo jerárquico de que se reviste. La jerarquía de las normas hace que aquellas de rango superior, con la Carta Fundamental a la cabeza, sean la fuente de validez de las que les siguen en dicha escala jerárquica. Las de inferior categoría, deben resultar acordes con las superiores, y desarrollarlas en sus posibles aplicaciones de grado más particular. En esto consiste la connotación de sistema de que se reviste el ordenamiento, que

garantiza su coherencia interna. La finalidad de esta armonía explícitamente buscada, no es otra que la de establecer un orden que permita regular conforme a un mismo sistema axiológico, las distintas situaciones de hecho llamadas a ser normadas por el ordenamiento jurídico [...] <sup>34</sup>

Establecido lo anterior, resulta claro que las facultades de producción normativa de la administración tienen un límite incuestionable en el contenido de las normas respecto de las cuales pueda predicarse una superioridad jerárquica, asunto que se definirá atendiendo a la tipología del reglamento.

Así, tratándose de los reglamentos (i) expedidos por el presidente de la República en ejercicio de la potestad reglamentaria que le atribuye el artículo 189-11 superior; de los (ii) reglamentos que desarrollan leyes habilitantes y de los (iii) reglamentos expedidos por otras autoridades administrativas en asuntos especializados de su competencia, se ha dicho que su propósito es complementar la ley en la medida en que sea necesario para lograr su cumplida aplicación, cuando se requiera por ejemplo, precisar definiciones o aclarar etapas del procedimiento previsto en aquella. En ese orden de ideas, si lo que se busca es permitir la ejecución de la ley, esta facultad no apareja la interpretación, modificación, limitación o ampliación de los contenidos legislativos, como tampoco el modo de encuadrar las distintas situaciones jurídicas en los supuestos que contiene <sup>35</sup>.

Ahora bien, en relación con los límites a la potestad reglamentaria de la administración frente a los tres tipos de normas reglamentarias que se señalaron, el Consejo de Estado ha precisado lo siguiente:

[...] en nuestro orden, la potestad reglamentaria es la facultad constitucional que se atribuye de manera permanente al Gobierno Nacional para expedir un conjunto de disposiciones jurídicas de carácter general y abstracto para la debida ejecución de la ley, a través de las cuales desarrolla las reglas y principios en ella fijados y la completa en aquellos detalles y pormenores necesarios que permiten su aplicación, pero que en ningún caso puede modificar, ampliar o restringir en

cuanto a su contenido o alcance. El reglamento, como expresión de esta facultad originaria del Ejecutivo es, pues, un acto administrativo de carácter general que constituye una norma de inferior categoría y complementaria de la ley; su sumisión jerárquica a ésta (sic) en la escala normativa (principio de jerarquía normativa piramidal) es indiscutible y absoluta, toda vez que se produce en los ámbitos y espacios que la ley le deja y respecto de aquello que resulte necesario para su cumplida ejecución, sin que pueda suprimir los efectos de los preceptos constitucionales o legales ni contradecirlos, motivo por el cual si supera o rebasa el ámbito de aplicación de la ley e incursiona en la órbita de competencia del Legislador compromete su validez y, por tanto, deberá ser declarado nulo, de conformidad con lo ordenado por el numeral 2 del artículo 237 de la Constitución Política. El poder reglamentario se encuentra limitado en función a la necesidad de la cumplida ejecución de la ley y, como lo ha manifestado la jurisprudencia, la extensión de esta competencia es inversamente proporcional a la extensión de la ley, es

<sup>34</sup> Sentencia C-037 del 26 de enero de 2000, Corte Constitucional, expediente D-2441.

<sup>35</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 21 de octubre de 2010, Radicación 11001- 03-25-000-2005-00125-00(5242-05), Actor: Asociación Antioqueña de Empresas Sociales del Estado.

decir, cuanto mayor sea el campo disciplinado por la ley, menor será el que corresponde al decreto reglamentario [...] <sup>36</sup> (Subrayas fuera del texto original)

Así pues, para el ejercicio de la atribución de producción normativa, la administración debe limitarse a desarrollar las disposiciones respecto de las cuales sea posible predicar una relación de jerarquía, en algunos casos será la Constitución, en otros también la ley e incluso algunos preceptos reglamentarios<sup>37</sup>. De esta forma, cuando sea viable establecer esa subordinación normativa, el reglamento no puede introducir normas que no se desprendan natural y lógicamente de las disposiciones superiores, ampliar o restringir el sentido de estas, como tampoco puede suprimirlas o cambiarlas ni reglamentar materias que estén reservadas a ellas, pues en tales eventos excedería sus competencias.

En ese sentido, es importante señalar que a pesar de que en el medio de control de nulidad se enjuicia la legalidad de la norma reglamentaria, también es cierto que, de encontrar que el reglamento no se ajusta a los preceptos constitucionales, habrá de declararse su nulidad, habida cuenta de que el ejercicio de la potestad reglamentaria no solo está atado a la ley que desarrolla, sino también, a los postulados superiores contenidos en la Constitución Política<sup>38</sup>, así como a los fines del Estado Social de Derecho<sup>39</sup>, a los cuales no puede ser ajeno en el desarrollo de sus funciones.

- Estudio del artículo 14 del Decreto Legislativo 491 de 2020<sup>40</sup>

El Gobierno Nacional, actuando como legislador extraordinario en el marco de la pandemia generada por la Covid 19, expidió el Decreto Legislativo 491 de 2020 en el que, entre otras medidas, dispuso el aplazamiento de los concursos de mérito

que estuvieran en las etapas de reclutamiento o aplicación de pruebas, como una herramienta para la adecuada gestión de la selección de personal del sector público en medio del riesgo epidemiológico que representaba la situación sanitaria. Sobre el particular, el artículo 14 ibidem dispuso lo siguiente:

**[...] Artículo 14. Aplazamiento de los procesos de selección en curso.** Hasta tanto permanezca vigente la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, para garantizar la participación en los concursos sin discriminación de ninguna índole, evitar el contacto entre las

<sup>36</sup> Sentencia del 3 de diciembre de 2007, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, radicado 11001-03-26-000-2003-00014-01, expediente 24715.

<sup>37</sup> En el caso de los llamados reglamentos «constitucionales autónomos» debido a que es la propia Constitución la que directamente atribuye la competencia o potestad regulatoria, no puede predicarse algún tipo de sujeción a la ley. Por ello se ha sostenido que la relación entre dichos actos administrativos y la ley, en lugar de estar sometida a una jerarquía, se caracteriza por un criterio de distribución de competencias normativas que ha efectuado la propia carta política. Por su parte, en el caso de los decretos que reglamentan una ley marco, se predicará subordinación entre estos y la ley que desarrollan, pero no respecto de las demás leyes, con las cuales existirá una relación horizontal en la escala jerárquica.

<sup>38</sup> Artículo 6.º de la Constitución Política.

<sup>39</sup> Artículo 2.º ibidem.

<sup>40</sup> «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».

personas y propiciar el distanciamiento social, se aplazarán los procesos de selección que actualmente se estén adelantando para proveer empleos de carrera del régimen general, especial constitucional o específico, que se encuentren en la etapa de reclutamiento o de aplicación de pruebas.

Las autoridades competentes deberán reanudar dichos procesos una vez se supere la Emergencia Sanitaria.

En el evento en que el proceso de selección tenga listas de elegibles en firme se efectuarán los nombramientos y las posesiones en los términos y condiciones señalados en la normatividad vigente aplicable a la materia. La notificación del nombramiento y el acto de posesión se podrán realizar haciendo uso de medios electrónicos. Durante el período que dure la Emergencia Sanitaria estos servidores públicos estarán en etapa de inducción y el período de prueba iniciará una vez se supere dicha Emergencia [...]

La Corte Constitucional, en Sentencia C-242 de 2020 efectuó la revisión de

constitucionalidad del referido Decreto Legislativo 491 de 2020. En la providencia declaró la exequibilidad del citado artículo 14. Al respecto, explicó que la suspensión de los procesos de selección afecta el derecho a ocupar cargos públicos y los principios de mérito como criterio de acceso al empleo público y de celeridad (arts. 40.7, 125 y 209 de la Constitución) porque «[...] posterga en el tiempo los concursos al permitir que éstos no sean adelantados en los plazos establecidos en las convocatorias respectivas y sean interrumpidos mientras dure vigente la emergencia sanitaria [...]», sin embargo encontró que dicha limitante es proporcional porque persigue una finalidad legítima<sup>41</sup>, es adecuada para cumplir ese objetivo<sup>42</sup>, es necesaria<sup>43</sup> y proporcional en sentido estricto.

Sobre este último aspecto, explicó que «[...] si bien se restringe la celeridad de los trámites de selección y, con ello, el acceso al empleo público, lo cierto es que la suspensión de los procesos de selección es transitoria y finalizará una vez se supere la emergencia sanitaria. Además, no afecta a los concursos en los que ya existan listas de elegibles en firme y, por ello, se hayan consolidado derechos de los aspirantes [...]»<sup>44</sup>.

Para lo que es objeto de discusión en el presente asunto, llama la atención del despacho que, en el texto de la sentencia estudiada, se indicó que la CNSC, al pronunciarse en aquel trámite constitucional, solicitó que se declarara la exequibilidad condicionada del mencionado artículo 14 porque si bien contempla una medida

<sup>41</sup> «[...] que las restricciones sanitarias adoptadas con ocasión de la pandemia no impidan que ciertas personas puedan participar en los concursos de méritos en desarrollo, así como evitar que se realicen pruebas masivas que deriven en escenarios de contagio [...]».

<sup>42</sup> «[...] ya que, por medio del aplazamiento temporal de los concursos, se permite que las personas que no se encuentran en la posibilidad material de participar en los procesos de selección por su edad, condiciones de salud, posibilidades de acceso a medios tecnológicos o atender ciertas medidas sanitarias, no vean afectadas sus aspiraciones legítimas de ingresar al empleo público [...]». <sup>43</sup> «[...] la suspensión de los concursos es la única acción razonable que asegura que, sin importar el impacto de las diversas medidas adoptadas para enfrentar el riesgo epidemiológico asociado al coronavirus COVID-19 que han implicado, por ejemplo, para algunas personas la imposibilidad de salir de sus residencias o de regresar del exterior, se presenten casos de negación de la oportunidad de acceder al empleo público [...]».

<sup>44</sup> Sentencia C-242 de 2020.

«[...] necesaria y proporcionada frente a la mayoría de los procesos de selección, lo cierto es que, dada su generalidad, frente a ciertos casos específicos deriva en consecuencias que entorpecen la correcta gestión del ingreso del personal a la carrera administrativa [...] sería razonable que la medida adoptada hubiera permitido la realización de dichas actuaciones concretas sin desconocer las medidas sanitarias mediante la ejecución de protocolos de bioseguridad, y, con ello, evitar que los concursos se dilaten más allá del tiempo requerido por las

razones de salud pública [...]»<sup>45</sup>

No obstante la solicitud realizada en ese sentido por la CNSC, la Corte Constitucional decidió declarar la exequibilidad de la norma sin ningún condicionamiento<sup>46</sup>.

- Caso concreto

Siunedian Finanzas Públicas considera que, por medio del Decreto 1754 de 2020, el Gobierno Nacional se excedió en el ejercicio de su facultad reglamentaria pues creó un contenido que sobrepasa e incluso contradice lo dispuesto por el legislador extraordinario en el Decreto Legislativo 491 de 2020. Señaló que el artículo 14 de este último dispuso la suspensión de los concursos de mérito, indicando que debían reanudarse una vez se supere la emergencia sanitaria decretada por el Ministerio de Salud y Protección Social, sin embargo, el acto acusado, sobre la base de estar reglamentando aquella norma, ordenó la reactivación de esos procesos cuando aún se encontraba vigente la declaratoria de emergencia sanitaria.

En defensa de la legalidad del Decreto 1754, las entidades demandadas sostienen que el Decreto Legislativo 491 ordenó la suspensión de los concursos con carácter transitorio y que, en todo caso, la reactivación obedece a las nuevas realidades epidemiológicas que permitieron, gradualmente, la flexibilización de las medidas de confinamiento y a los nuevos esquemas de aislamiento, así como a la necesidad de reactivación económica. Además, indican que los concursos, que son la herramienta a través de la cual se satisface el principio del mérito, como eje axial del ordenamiento jurídico, no pueden quedar aplazados de manera indefinida.

Visto lo anterior, para dirimir la controversia que se presenta, es preciso pasar al estudio del Decreto 1754 de 2020, motivo de acusación. Este último fue expedido por el Gobierno Nacional<sup>47</sup> en ejercicio de las atribuciones conferidas por el numeral

<sup>45</sup> Sentencia C-242 de 2020.

<sup>46</sup> La Corte Constitucional se pronunció negativamente sobre la petición de la CNSC con apoyo en el siguiente argumento: «Si bien, como lo propone la Comisión Nacional del Servicio Civil, podrían organizarse pruebas o exámenes individuales o virtuales que no impliquen el contacto social, lo cierto es que con ocasión de la pandemia se han implementado medidas sanitarias locales y nacionales que pueden, en ciertos casos, impedir que las personas agoten las etapas del proceso de selección bajo tales condiciones, máxime cuando es un hecho notorio que no todos los individuos tienen acceso a los medios tecnológicos o pueden utilizarlos con destreza, por lo que la Corte no estima que, a pesar de que ello pueda ser conveniente, sea inconstitucional la omisión de otorgarle la facultad a dicha entidad para adelantar algunas fases de las convocatorias».

<sup>47</sup> En cabeza del presidente, del Departamento Administrativo de la Función Pública y del Ministerio de Justicia y del Derecho.

11 del artículo 189 de la Constitución Política y en desarrollo del Decreto Legislativo 491 de 2020.

En efecto, el artículo 1 del acto acusado señala que su objeto consiste en «[...] reglamentar el Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020, en lo referente a los procesos de selección para proveer los empleos de carrera de los regímenes general, especial y específico, en el marco de la emergencia sanitaria, en las etapas de reclutamiento, aplicación de pruebas y periodo de prueba».

En aras de establecer los términos en que se llevó a cabo dicha reglamentación y al mismo tiempo analizar su contenido normativo de cara a la disposición legal reglamentada, resulta ilustrativa la comparación de ambos textos:

Decreto Legislativo 491 de 2020	Decreto 1754 de 2020
<p><b>[...] Artículo 14. Aplazamiento de los procesos de selección en curso.</b> <u>Hasta tanto permanezca vigente la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social</u>, para garantizar la participación en los concursos sin discriminación de ninguna índole, evitar el contacto entre las personas y propiciar el distanciamiento social, <u>se aplazarán los procesos de selección que actualmente se estén adelantando</u> para proveer empleos de carrera del régimen general, especial constitucional o específico, <u>que se encuentren en la etapa de reclutamiento o de aplicación de pruebas.</u></p>	<p><b>[...] Artículo 2. Reactivación de las etapas de reclutamiento y aplicación de pruebas de los procesos de selección.</b> A partir de la publicación del presente decreto las entidades o instancias responsables de adelantar los procesos de selección para proveer los empleos de carrera de los regímenes general, especial y específico, <u>podrán adelantar las etapas de reclutamiento y aplicación de pruebas, garantizando la aplicación del protocolo general de bioseguridad adoptado por el Ministerio de Salud y Protección Social mediante la Resolución 666 de 2020</u> y en las demás disposiciones que las modifiquen o adicionen.</p>
<p>Las autoridades competentes <u>deberán reanudar dichos procesos una vez se supere la Emergencia Sanitaria.</u></p>	<p><b>Artículo 3. Reactivación del periodo de prueba.</b> A partir de la publicación del presente decreto las entidades <u>podrán iniciar el periodo de prueba</u> con los aspirantes nombrados y posesionados, fijando compromisos para la evaluación del desempeño laboral, siempre y cuando se garantice el desarrollo, seguimiento y verificación de las actividades inherentes al empleo, que permitan una evaluación y calificación objetiva.</p>
<p>En el evento en que el proceso de selección tenga listas de elegibles en firme se efectuarán los nombramientos y las posesiones en los términos y condiciones señalados en la normatividad vigente aplicable a la materia. La notificación del nombramiento y el acto de posesión se podrán realizar haciendo uso de medios electrónicos. <u>Durante el período que dure la Emergencia Sanitaria estos servidores públicos estarán en etapa de inducción y el período de prueba iniciará una vez se supere dicha Emergencia [...]</u> (Subrayas fuera del texto original)</p>	<p><b>Artículo 4. Vigencia.</b> El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación. (Subrayas fuera del texto original)</p>

De lo anterior, es factible afirmar que mientras que el Decreto 491 de 2020 ordenó aplazar los concursos de mérito que se encontraran en las etapas de reclutamiento o de aplicación de pruebas, así como el inicio del periodo de prueba, supeditando la aplicación de tal medida a la vigencia de la emergencia sanitaria declarada por el

Ministerio de Salud y Protección Social, el Decreto 1754 del mismo año adujo reglamentar dicha norma para permitir que, desde su publicación, se adelantaran las etapas de reclutamiento y aplicación de pruebas, al igual que el nombramiento en periodo de prueba, siempre y cuando se

garantizara la aplicación del protocolo general de bioseguridad adoptado por el mismo Ministerio.

Así las cosas, para el despacho no es motivo de duda que el legislador extraordinario estableció una condición resolutoria respecto del aplazamiento de los concursos que se encontraban en las etapas anunciadas, pues tal medida acabaría con el levantamiento de la emergencia sanitaria decretada por la cartera ministerial de Salud y Protección Social. Nótese que en este aspecto la norma no otorga un margen de interpretación, sino que contempla un criterio temporal claro de aplicación de la medida que es la declaratoria de emergencia sanitaria. De acuerdo con ello, la pregunta que surge es si, para la fecha de publicación del Decreto 1754, esto es, el 22 de diciembre de 2020, ya se había superado la situación de emergencia sanitaria.

La respuesta a este interrogante es negativa pues la emergencia sanitaria se declaró el 12 de marzo de 2020 y desde entonces se ha venido prorrogando ininterrumpidamente. En efecto, la última prórroga la ordenó el Ministerio de Salud y Protección Social mediante la Resolución 666 del 28 de abril de 2022, que extendió la emergencia sanitaria hasta el 30 de junio de 2022 en todo el territorio nacional.

Lo anterior lleva a concluir que, para la fecha en que se expidió el Decreto reglamentario 1754 de 2020 no estaba dada la condición que impuso el legislador extraordinario para que se levantara la suspensión de las etapas de reclutamiento y aplicación de pruebas en los procesos de selección, al igual que la iniciación del periodo de prueba de quienes ya conformaban las listas de elegibles, de allí que, en esta etapa preliminar, el despacho encuentre plausible acompañar la apreciación de la demandante cuando aduce que hubo un ejercicio indebido de la potestad reglamentaria.

En este punto es importante indicar que tanto el DAFP como el Ministerio de Justicia y del Derecho han ofrecido argumentos que justifican la reactivación de los procesos de selección desde una perspectiva de conveniencia y proporcionalidad, amparándose en la necesidad de reactivación de la economía y en los cambios epidemiológicos que se fueron presentando a medida que se combatía el virus de la Covid 19, lo que, en su criterio, sumado a la importancia que tienen el principio del mérito en nuestro ordenamiento jurídico, sustentaría plenamente que a través del acto acusado se hubieran reanudado los concursos.

En efecto, en el informe de publicación del proyecto normativo que dio lugar al Decreto 1754 de 2020 se advierte que uno de los comentarios de la ciudadanía se dirigió a cuestionar su legalidad porque supondría una extralimitación en el ejercicio de la potestad reglamentaria. En respuesta a dicha observación, el Ministerio de

Justicia y del Derecho explicó que el decreto se adoptaba «[...] teniendo en cuenta que las medidas iniciales de aislamiento en las cuales se expidió el decreto han ido variando y/o flexibilizando a medida que el Ministerio de Salud y Protección Social así lo ha estimado. Al respecto, es importante traer a colación lo señalado por la Dirección de Epidemiología y Demografía del Ministerio de Salud y Protección Social el 25 de noviembre de 2020, según la cual "actualmente, Colombia presenta una reducción (estabilizada recientemente) en la velocidad de la transmisión por el nuevo coronavirus SARS COV-2 (COVID-19)»<sup>48</sup>.

Sin desconocer que las razones que motivaron la reanudación de los concursos pudieron estar justificadas desde un punto de vista fáctico debido a las cambiantes realidades que iban surgiendo con la superación gradual de la Covid y también desde una perspectiva jurídica pues el despacho reconoce la gran relevancia constitucional que tiene la realización del principio del

mérito, lo cierto es que, a través de una norma reglamentaria no es posible trastocar el sentido de una disposición con rango legal, como lo es el artículo 14 del Decreto Legislativo 491.

Este último fue claro al disponer que se aplazarían los concursos que estaban en etapas de reclutamiento y aplicación de pruebas, así como el inicio del periodo de prueba, «Hasta tanto permanezca vigente la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social». Según el Diccionario de la Lengua Española aplazar significa «1. tr. Retrasar el momento de realizar algo», luego al ordenar la

«reactivación» de aquellas etapas, el Decreto 1754 de 2020 no reglamentó la norma legal para su adecuado y debido cumplimiento sino que cambió por completo su sentido, en un exceso de las competencias que el artículo 189-11 de la Constitución Política le concede al presidente como máximo representante del Gobierno Nacional.

De acuerdo con ello, si como lo propone la parte demandante, el estudio de validez del Decreto 1754 de 2020 se centra en el ejercicio de la potestad reglamentaria, en principio, se concluye que en este caso hubo un exceso pues, en contravía de lo dispuesto por el legislador extraordinario, el Gobierno manifestó reglamentar el Decreto 491 para prever la reanudación de las etapas ya identificadas, a pesar de que aún estaba en rigor la emergencia sanitaria ordenada por el Ministerio de Salud y Protección Social.

Según se explicó, la potestad reglamentaria se rige por el principio de necesidad, que justamente permite determinar hasta dónde es necesario completar el alcance de la ley (o norma con fuerza de ley, como en el caso de los decretos legislativos). Entre más general y amplia haya sido la regulación por parte de la ley, más forzosa es su reglamentación. A contrario sensu, cuando la ley ha detallado los elementos que se requieren para aplicar esa situación al caso particular, no amerita expedir el reglamento o expedirlo de manera un poco menos prolija<sup>49</sup>.

<sup>48</sup> Índice 44, expediente electrónico.

<sup>49</sup> Sobre el alcance de la potestad reglamentaria, entre otras, se pueden consultar la sentencia del 10 de septiembre de 2015, expediente 21025, M.P. Hugo Bastidas Bárcenas, y del 20 de octubre de 2009, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, radicado 11001031500020090054900.

En conclusión, si lo que hizo el legislador extraordinario mediante el artículo 14 del Decreto Legislativo 491 fue suspender los concursos en etapa de reclutamiento y aplicación de pruebas, así como el inicio del periodo de prueba, mientras estuviera vigente la emergencia sanitaria, parecería claro que el Gobierno Nacional se extralimitó al disponer en el Decreto 1754 que reglamentaría dicho artículo para ordenar su reactivación sin que el Ministerio de Salud y Protección Social hubiera levantado la emergencia sanitaria. De esta forma se habrían transgredido los límites a los que debe someterse la potestad reglamentaria de la administración.

Por lo anterior, no hace falta pasar al estudio del segundo problema jurídico que se planteó.

Decisión de la medida cautelar

Al evidenciar en esta etapa del proceso que podría configurarse el vicio de falta de competencia por exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria, se decretará la suspensión provisional de los efectos del Decreto 1754 de 2020, «Por el cual se reglamenta el Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020, en lo relacionado con la reactivación de las etapas de reclutamiento, aplicación de pruebas y periodo de prueba en los procesos de selección para proveer los empleos

de carrera del régimen general, especial y específico, en el marco de la Emergencia Sanitaria».

#### Representación judicial de las entidades demandadas

El Departamento Administrativo de la Función Pública y el Ministerio de Justicia y del Derecho allegaron los respectivos poderes que confirieron a los profesionales designados para que ejercieran la representación judicial de sus intereses en el presente proceso<sup>50</sup>, quienes en virtud de dichas atribuciones dieron respuesta a la solicitud de medida cautelar.

De acuerdo con ello, resulta procedente reconocerle personería al abogado Fredy Murillo Orrego como apoderado del Ministerio de Justicia y del Derecho y al profesional Víctor Hugo Calderón Jaramillo, en calidad de apoderado del Departamento Administrativo de la Función Pública.

En mérito de lo cual expuesto se,

#### RESUELVE

Primero: Decretar la suspensión provisional de los efectos del Decreto 1754 de 2020, «Por el cual se reglamenta el Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020, en lo relacionado con la reactivación de las etapas de reclutamiento, aplicación de pruebas y

<sup>50</sup> índices 44 y 47, expediente electrónico.

periodo de prueba en los procesos de selección para proveer los empleos de carrera del régimen general, especial y específico, en el marco de la Emergencia Sanitaria», de acuerdo con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Segundo: Reconocer personería al abogado Fredy Murillo Orrego, identificado con cédula de ciudadanía 93.364.454 y tarjeta profesional 152.469 del Consejo Superior de la Judicatura, para que ejerza la representación judicial del Ministerio de Justicia y del Derecho, de conformidad con las Resoluciones 641 de 2012 y 1427 de 2017, que obran en el índice 44 del expediente electrónico.

Tercero: Reconocer personería al abogado Víctor Hugo Calderón Jaramillo, identificado con cédula de ciudadanía 19.479.722 y tarjeta profesional 53.381 del Consejo Superior de la Judicatura, para que ejerza la representación judicial del Departamento Administrativo de la Función Pública, en los términos y para los efectos del poder conferido, el cual obra en el índice 47 del expediente electrónico.

#### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma del Ministerio de Relaciones Exteriores

ISSN 2256-1633

Última actualización: 30 de septiembre de 2024 - (Diario Oficial No. 52.869 - 4 de septiembre de 2024)

