



La justicia
es de todos

Minjusticia

Al responder cite este número
MJD-DEF22-000005-DOJ-2300

Bogotá D.C., 18 de enero de 2022

Doctor

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Consejero Ponente - Sección Segunda

Consejo de Estado

ces2secr@consejodeestado.gov.co

Bogotá D. C.



Contraseña:bofEjwDwSk

REFERENCIA: Expediente 11001-03-25-000-2021-00385-00 (1905-2021)
ACCIONANTE: Sindicato Nacional de los Trabajadores de la Hacienda Pública (Sintradian)
ASUNTO: Nulidad del Decreto 1754 del 2020, referente a la reactivación de procesos de selección para proveer empleos públicos.
Contestación de la demanda

Honorable consejero ponente:

FREDY MURILLO ORREGO, actuando en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Justicia y del Derecho, en calidad de Director de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico, bajo lo dispuesto en el numeral 6° del artículo 18 del Decreto 1427 del 2017 y en ejercicio de la delegación de representación judicial conferida, mediante la Resolución 0641 del 2012, procedo a contestar la demanda en el proceso de la referencia.

1. NORMA DEMANDADA Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

El sindicato demandante solicita la nulidad del Decreto 1754 del 22 de diciembre del 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”, con base en los siguientes fundamentos:

- En su opinión, la disposición fue expedida con infracción de las normas en las que debía fundarse, falsa motivación por error de hecho y falta de motivación. Por una parte, asegura que aquella “excedió los parámetros legales y constituciones de la potestad reglamentaria al derogar tácitamente la norma que

Bogotá D.C., Colombia



se planteó reglamentar: una norma de mayor jerarquía dentro de las fuentes del derecho de nuestro ordenamiento jurídico.”

- De otro lado, “[...] el Presidente de la República, incurrió en un error de hecho al motivar el acto con base en memorandos del Ministerio de Salud y protección social de fecha de agosto que aseguran el declive en la propagación del virus, desconociendo la persistencia de la emergencia sanitaria decretada y la previsibilidad de la “segunda ola” del COVID-19 en el territorio nacional”, indica.
- Finalmente, añade que “[...] la motivación del Decreto 1754 de 2020, para satisfacer el deber de suficiencia y de razonamiento causal, debería al menos demostrar que si existen las condiciones materiales para asegurar el acceso al empleo público en condiciones de seguridad e igualdad para todos los participantes. No obstante, lejos de siquiera cumplir esta exigencia, las consideraciones están encaminadas, sin lograrlo, a demostrar la reducción en la velocidad de contagios y la necesidad de la reactivación económica.”

Subsidiariamente, Sintradian solicita la nulidad de los artículos 2° y 3° de la norma.

2. CONSIDERACIONES SOBRE LA PRETENSIÓN DE NULIDAD DEL ACTO DEMANDADO

A juicio del Ministerio de Justicia y del Derecho, los argumentos de la demanda no están llamados a prosperar, como se expone a continuación:

En primera medida, se reitera que el cargo relativo a la infracción de las normas en que el acto acusado debía fundarse no tiene asidero, teniendo en cuenta la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado frente a la configuración de esta causal de nulidad¹:

“Para su materialización se requiere que el acto administrativo prescinda de las disposiciones normativas que debían ser observadas, por cuanto ellas fijan su objeto y finalidad.

En decisión de esta Corporación, de 22 de febrero de 2018, se reiteró que se requieren dos elementos para la configuración de la causal alegada de infracción de las normas en que deberían fundarse los actos administrativos:

«Por una parte, el demandante deberá demostrar que los preceptos normativos que se aducen como vulnerados, hacen parte del grupo de prescripciones que reglan “la materia que es objeto de decisión administrativa”².

Por otra, resulta indispensable para la prosperidad de este cargo que se acredite la no avenencia del acto enjuiciado a las normas marco del mismo.

Bogotá D.C., Colombia



Es decir que, no basta con probar que el mandato jurídico debía ser aplicado al procedimiento de expedición del acto, sino al mismo tiempo que este último transgrede lo preceptuado en él, disconformidad que puede tener lugar en las siguientes hipótesis:

“(i) **Falta de aplicación de la norma**, situación que se presenta luego de que la autoridad que profiere el acto ignora la existencia del presupuesto normativo, o conociéndolo, no lo aplica en el asunto que la ocupa;

(ii) **Aplicación indebida de la norma**, la cual se presenta luego de que las reglas jurídicas empleadas por la autoridad para fundar el acto, no se conforman a la situación fáctica del caso a tratar, como consecuencia de una equivocación en la valoración y escogencia de la disposición normativa;

(iii) **Interpretación errónea de la norma**, consistente en el entendimiento desatinado del precepto o preceptos que sustentan el asunto por resolver^{3.}»⁴

En síntesis, no solo basta identificar la norma que regula la materia o debió ser aplicada, sino que se requiere demostrar que se trasgredió lo preceptuado en ella, ya sea por falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea de la norma.”

Así pues, no se puede ignorar que la parte considerativa del decreto cuestionado se fundamenta en el numeral 11 del artículo 189 de la Carta Política (ejercicio de la potestad reglamentaria por parte del presidente de la República) y el Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo del 2020, en particular su artículo 14. Con respecto a esta última disposición, las consideraciones de la norma demandada expresan:

“Que el artículo 14 del Decreto Legislativo 491 de 2020, estableció que para garantizar la participación en los concursos, sin discriminación de ninguna índole, 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 Social, se aplazarán en los procesos de selección las etapas de reclutamiento o de aplicación de pruebas que se estén adelantando para proveer los empleos de carrera del régimen general, especial y específico.

[...]

Que por lo anterior, y con el fin de reactivar el empleo, se hace necesario reglamentar el Decreto Legislativo 491 de 2020 para reactivar 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.”

Lo anterior evidencia que el acto administrativo examinado invoca expresamente y se deriva de la normativa que debía atender, incluyendo el artículo 14 del Decreto 491. Por

Bogotá D.C., Colombia



ende, se encuentra cumplida la exigencia relativa a la competencia con fundamento constitucional del presidente de la República, para desarrollar o reglamentar normas de rango legal.

Adicionalmente, la parte considerativa del acto recuerda las fases decretadas de aislamiento preventivo obligatorio y, posteriormente, selectivo con distanciamiento individual responsable, con el fin de evitar y mitigar la propagación de la pandemia de covid-19. En ese contexto, el Decreto 593 del 2020 asignó al Ministerio de Salud la competencia para dictar los protocolos de bioseguridad. Ejemplo de ello es la Resolución 666 del mismo año, que adoptó el protocolo general de bioseguridad aplicable a todas las actividades económicas, sociales y sectores de la Administración pública.

Igualmente, recalca que lo ordenado por el Gobierno, en esta coyuntura, ha atendido los cambios en las tasas de contagio y mortalidad, velocidad de propagación del virus y demás variables epidemiológicas, situación que, sumada a la urgencia de reactivación económica, productiva y social, ha conducido a la flexibilización de las medidas impuestas, y, así, paulatinamente, se ha dado visto bueno a la realización de las actividades cotidianas, académicas, laborales y de esparcimiento de la población, y entre ellas, la participación en las etapas de selección de los concursos públicos. Esto explica la necesidad de reanudar el reclutamiento adelantado por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil, bajo el cumplimiento estricto de los protocolos de bioseguridad determinados.

Ante ello, la parte resolutive del decreto revisado especifica su finalidad de reglamentación parcial del Decreto 491 (artículo 1°); consecuentemente, la reanudación de las etapas de reclutamiento y aplicación de pruebas, para proveer los empleos de carrera de los regímenes general, especial y específico, con seguimiento del protocolo general de bioseguridad (artículo 2°), y, la reactivación del periodo de prueba a favor de los aspirantes nombrados y posesionados, quienes deberán concertar los compromisos referentes a las labores desempeñadas (artículo 3°).

Aun así, cabe anotar que el demandante pretende sustentar el cargo de infracción de norma superior de forma errada, pues lo que alega es un exceso de potestad reglamentaria por una presunta derogatoria tácita. Es decir, no solo incumple los requisitos exigidos para la configuración de esa causal, sino que su justificación es un argumento completamente subjetivo y que no ha sido demostrado.

En todo caso, este Ministerio advierte que el Decreto 1754 no efectuó derogatoria de ningún tipo al artículo 14 del Decreto Legislativo 491. Como ya se indicó, la parte resolutive contiene cuatro artículos, referentes a su objeto reglamentario, reactivación, reclutamiento, pruebas y periodo de prueba, y la vigencia. En efecto, ninguna de estas disposiciones indica expresamente que se efectúe la derogatoria del artículo 14. De hecho, el artículo 4° únicamente señala “El presente Decreto rige a partir de la fecha de

Bogotá D.C., Colombia



su publicación.” Para ahondar en más razones, es un contrasentido suponer que se está derogando o eliminando la misma norma objeto de la reglamentación.

Respecto al cargo de supuesta falsa motivación, el alto tribunal ha indicado que su prosperidad exige acreditar una de estas dos circunstancias: “[...] o bien que los hechos que la Administración tuvo en cuenta como motivos determinantes de la decisión no estuvieron debidamente probados dentro de la actuación administrativa; [u...] omitió tener en cuenta hechos que sí estaban demostrados y que, de haber sido considerados, habrían conducido a una decisión sustancialmente diferente.”⁵

Entonces, el sindicato accionante también incurre en error, al aseverar que el Gobierno malinterpretó el contenido del Memorando 202022000286353 del 25 de noviembre del 2020, expedido por Minsalud. En opinión de esta Dirección, el Gobierno, al expedir la norma estudiada, sí hizo una lectura acertada de ese documento, pues como lo señala la parte motiva, en tal memorando se afirmó lo siguiente:

“[...] Colombia presenta una reducción (estabilizada recientemente) en la velocidad de transmisión por el nuevo coronavirus [...],

Sin embargo, el comportamiento de la pandemia al interior del país se presenta de una manera asincrónica con visibles diferencias, observando ciudades con un incremento de casos actuales, como Neiva, Medellín, Bello, Envigado, Armenia, Manizales, Yopal e Ibagué, pero también otras con franco comportamiento al descenso o ya con muy baja transmisión, sea el caso de las principales ciudades de la costa caribe como Barranquilla, Santa Marta, Cartagena y Sincelejo, además de otras del sur y centro oriente del país como Pasto y Cúcuta, respectivamente. Adicionalmente, grandes capitales como Bogotá o Cali, persisten en una meseta de casos y muertes que se ha estabilizado en las últimas semanas. Estos distintos momentos de la pandemia, plantean la necesidad de mantener las medidas de distanciamiento físico personal y de promoción del autocuidado, aunque en el contexto de un aislamiento selectivo sostenible.

De igual manera el tiempo efectivo de reproducción $R(t)$ presenta una tendencia a la reducción progresiva basado en las estimaciones calculadas por el Observatorio Nacional de Salud del INS a corte de 24 de Noviembre de 2020 [...]”.

Similar apreciación se predica de los demás memorandos señalados en la parte considerativa de la disposición cuestionada y expedidos por Minsalud, en tanto cada uno de ellos refleja el estado de la transmisión del coronavirus en las distintas épocas, escenario que muta y no es estático.

Todo esto denota que el Ejecutivo sí tuvo en cuenta los cambios en la situación epidemiológica, al momento de concebir el ahora Decreto 1754, sin que sea cierto que haya concluido “la superación de la emergencia sanitaria”, como lo sostiene

Bogotá D.C., Colombia



equivocadamente el demandante. Por tanto, este cargo propuesto tampoco conduce a enervar la legalidad del acto administrativo.

Se insiste en que el Decreto 1754 responde al carácter transitorio del aplazamiento de los concursos públicos y se ajusta al levantamiento del confinamiento general, al esquema de aislamiento selectivo y distanciamiento individual responsable y a la reactivación productiva, gradual y cuidadosa, lo que cubre los eventos masivos guiados por el distanciamiento físico, el uso continuo de mascarillas, el autocuidado y demás medidas de bioseguridad.

Debido a la temporalidad de la suspensión de los concursos de méritos, la regulación de su reactivación escalonada es coherente con el manejo de la pandemia en Colombia, dado que, el transcurso del tiempo, el conocimiento y proyecciones acerca del comportamiento del coronavirus, y el inicio y avance en el plan de nacional de vacunación plantearon escenarios en los cuales se podría reanudar el reclutamiento de aspirantes y el cumplimiento del periodo de prueba por los funcionarios posesionados.

En cuanto a la realidad de los hechos que motivan el decreto examinado, este atiende a los cambios en las circunstancias epidemiológicas y a las recomendaciones adoptadas por las autoridades nacionales de salud. Tal como se menciona en la parte considerativa de esta norma, las condiciones de la pandemia han evolucionado y el Gobierno nacional obedece a esta variabilidad.

Eso no es todo. Las consideraciones de la norma acusada también destacan que la Organización Internacional del Trabajo ha llamado la atención a los Estados, para que estos estimulen la recuperación de la economía y el empleo, los cuales han sido profundamente afectados por la crisis derivada de la pandemia, recomendación que se compagina con el objetivo y el texto de la parte resolutive del Decreto 1754.

Por otra parte, el Decreto 491 fue estudiado y avalado, en su mayoría, por la Corte Constitucional, en la Sentencia C-242 del 2020, la cual consideró que la suspensión de los procesos de selección es transitoria, con ocasión de la pandemia. Además, señaló que:

[...] la decisión de dar continuidad a los procesos en curso que se encuentran en su etapa final no reviste problemas de constitucionalidad, ya que al haberse adelantado las pruebas respectivas y encontrarse pendiente únicamente el nombramiento y posesión de las personas que ocuparon los primeros lugares en la convocatoria, se busca la concreción del principio de mérito teniendo en cuenta que, al tratarse de actuaciones con individuos puntuales, es posible proseguir con las mismas sin generar escenarios masivos de contagio.”

Bogotá D.C., Colombia



El Ejecutivo nunca ha desconocido la grave crisis sanitaria, social, laboral y económica generada por la pandemia, y, justo por sus dimensiones, ha establecido la elaboración e implementación de protocolos de bioseguridad que faciliten la ejecución de las actividades que corresponden a la vida diaria de los colombianos.

Sin duda, el ingreso a la función pública, a través de los concursos de méritos, es una de esas realidades que no puede quedar suspendida indefinidamente. Se reitera, las decisiones y documentos dictados por Minsalud dan cuenta de lo cambiante que es el comportamiento del coronavirus y su enfermedad, y con estos, el curso de la pandemia. Es a esta variable situación que deben responder todos los Estados y Colombia no ha sido la excepción.

Es más, el sindicato accionante intenta argüir el quebrantamiento de los artículos constitucionales que consagran los derechos a la igualdad, trabajo y acceso a la función y cargos públicos, pero no se observa la forma en que se presentó la supuesta violación de tales garantías.

Por el contrario, no se evidencia que lo ordenado en el Decreto 1754 cause perjuicio a derechos fundamentales de ciertas personas o grupos. Y es que la normativa examinada tiene un fin constitucionalmente imperioso: garantizar el principio del mérito, base de la función pública, y, con esto, salvaguardar también el derecho de participación en la conformación, ejercicio y control del poder político. Justamente, brindar acceso al empleo en la coyuntura actual, en condiciones de igualdad y atendiendo los protocolos de bioseguridad, es lo pretendido por esa disposición reglamentaria.

En resumen, la parte actora no demostró la existencia de incompatibilidad entre alguna norma superior y el Decreto 1754 del 2020. En su adopción, el Gobierno no excedió su poder reglamentario, mientras que respetó el debido proceso y el principio de legalidad. Por tanto, la pretensión de nulidad del decreto cuestionado debe ser negada.

3. PETICIÓN

Por lo expuesto, se solicita respetuosamente al Consejo de Estado **NEGAR LA PRETENSIÓN DE NULIDAD** del Decreto 1754 del 2020, y, en consecuencia, **DECLARARLO AJUSTADO A DERECHO**.

4. ANEXOS

Adjunto al presente escrito los siguientes documentos:

- Copia del apartado pertinente del Decreto 1427 del 2017, cuyo numeral 6° del artículo 18 asigna a la Dirección de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento

Bogotá D.C., Colombia



La justicia
es de todos

Minjusticia

Jurídico del Ministerio de Justicia y del Derecho la función de ejercer la defensa del ordenamiento jurídico en las materias de competencia de este Ministerio.

- Copia de la Resolución N° 0641 del 4 de octubre del 2012, por la cual se delega en el Director de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico del Ministerio de Justicia y del Derecho la representación judicial de la entidad, para intervenir en defensa del ordenamiento jurídico en los procesos de nulidad ante el Consejo de Estado.
- Copia de la Resolución 0146 del 2021, por la cual se nombra al suscrito en el cargo de Director Técnico en la Dirección de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico del Ministerio de Justicia y del Derecho.
- Copia del Acta de Posesión del suscrito en el cargo de Director de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico del Ministerio de Justicia y del Derecho.

5. NOTIFICACIONES

Las recibiré en el buzón de correo electrónico del Ministerio:
notificaciones.judiciales@minjusticia.gov.co.

Del señor consejero,

FREDY MURILLO ORREGO
Director de Desarrollo del Derecho y del
Ordenamiento Jurídico
Dirección de Desarrollo del Derecho y del
Ordenamiento Jurídico

FREDY MURILLO ORREGO
Director de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico
C. C. 93.364.454
T. P. 152.469 del C. S. de la J.

Copia:
presidencia@sintradian.co
notificacionesjudiciales@funcionpublica.gov.co
Anexos: Lo anunciado.

Bogotá D.C., Colombia



Elaboró: Andrea del Pilar Cubides Torres, Profesional Especializada.
Revisó: Fredy Murillo Orrego, Director de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico.
Aprobó: Despacho del Viceministro de Promoción de la Justicia.
TRD: 2300-36152

<https://vuv.minjusticia.gov.co/Publico/FindIndexWeb?rad=z%2FI69OHGb%2BIlqQB9H86NjbRRRVA33%2BC1M3QhtHUjwMU%3D&cod=etSaiJd3WjdRtCvXF%2BPIFA%3D%3D>

¹ Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia 11001032400020110005000, feb. 28/20, C. P. Oswaldo Giraldo López.

² "Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Rad. N°. 08001-23-31-000-2007-00972-01. C.P. Filemón Jiménez Ochoa. Actor: Lourdes del Rosario López Flórez." Cita en Sentencia 11001032400020110005000 del 2020. *Ibidem*.

³ "Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Rad. N°. 25000-23-27-000-2004-92271-02(16660). C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. Actor: ACCENTURE LTDA." Cita en Sentencia 11001032400020110005000 del 2020. *Ibidem*.

⁴ "Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, decisión de 22 de febrero de 2018, rad. 25000-23-24-000-2011-00789-01". Cita en Sentencia 11001032400020110005000 del 2020. *Ibidem*.

⁵ Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia 11001032400020200005500, sep. 27/21, C. P. Roberto Augusto Serrato Valdés.