



Al responder cite este número
MJD-OFI22-0000314-DOJ-2300

Bogotá D.C., 11 de enero de 2022

Doctor
WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ
Consejero Ponente - Sección Segunda
Consejo de Estado
ces2secr@consejodeestado.gov.co
Bogotá D. C.



Contraseña:CnBAX4xfnc

REFERENCIA: Expediente 11001-03-25-000-2021-00222-00 (1385-2021)
ACCIONANTE: Sindicato de Unificación Nacional de Trabajadores de la Dian y Finanzas Públicas (Siunedian)
ASUNTO: Nulidad del Decreto 1754 del 2020, referente a la reactivación de procesos de selección para proveer empleos públicos.
Contestación de la solicitud de medida cautelar

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 solicitud de medida cautelar formulada en el proceso de la referencia.

1. NORMA DEMANDADA Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

El sindicato demandante solicita la suspensión provisional de los efectos 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:

Bogotá D.C., Colombia

Calle 53 No. 13 - 27 • Teléfono (57) (1) 444 3100 • www.minjusticia.gov.co



- La disposición viola el artículo 14 del Decreto 491 y los artículo 29 y 189 de la Carta Política, además, causa un perjuicio irremediable. De un lado, al “desarrollarse una supuesta facultad de reglamentación que no busca cumplir con lo determinado por el Decreto Legislativo No 491, en su artículo 14, que es suspender los procesos de concurso, mientras esté vigente la EMERGENCIA SANITARIA [...]”.
- “El motivo de la expedición del Decreto 1754 del 2020, es supuestamente reglamentar el Decreto Legislativo No 491, sin embargo, al detenernos en el análisis del contenido del decreto legislativo, encontramos, que el mismo frente a los concursos, lo que determina es su suspensión, y lo que establece el gobierno nacional, es una reglamentación, reactivando los concursos [...]”, añade.
- Finalmente, sostiene que “[...] el Decreto Legislativo, lo que busca es suspender los concursos, mientras perdure la EMERGENCIA SANITARIA, circunstancias, que el Decreto Ordinario No 1754 del 2020, no tiene en cuenta, habilitando que puedan desarrollarse los concursos de méritos, que conlleva a desarrollo de pruebas, que como mínimo aglomeran así sean en pequeñas actividades a aspirantes, estando en contraposición de las mismas medidas que se están adoptando iniciando el año 2021, de confinar y aislar a la población colombiana.”

2. CONSIDERACIONES SOBRE LA IMPROCEDENCIA DE LA MEDIDA CAUTELAR

A juicio del Ministerio de Justicia y del Derecho, los argumentos que sustentan la solicitud de suspensión provisional no están llamados a prosperar. Por un lado, 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.

Bogotá D.C., Colombia

La justicia
es de todos

Minjusticia

[...]

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 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°).

Bogotá D.C., Colombia

Calle 53 No. 13 - 27 • Teléfono (57) (1) 444 3100 • www.minjusticia.gov.co



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. La Organización Internacional del Trabajo constantemente ha llamado la atención a los Estados, para que estos estimulen la recuperación de la economía y el empleo, profundamente afectados por la crisis derivada de la pandemia, lo cual fue destacado en las consideraciones de la norma atacada.

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.”

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

Bogotá D.C., Colombia

Calle 53 No. 13 - 27 • Teléfono (57) (1) 444 3100 • www.minjusticia.gov.co



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. Todo esto denota que el Ejecutivo sí tuvo en cuenta los cambios en la situación epidemiológica, al momento de concebir el ahora Decreto 1754.

Así mismo, corresponde abordar los presupuestos contemplados en el artículo 231 de la Ley 1437 del 2011 y el alcance dado a este por el alto tribunal, en el sentido que la procedencia de la medida cautelar de suspensión provisional de actos administrativos exige al juez verificar la concurrencia de tres elementos: la apariencia de buen derecho, el perjuicio de la mora y la ponderación de intereses.

Según la corporación, la apariencia de buen derecho se configura, cuando luego de una apreciación provisional, basada en un conocimiento sumario y juicios de verosimilitud o probabilidad, se evidencia la posible existencia de un derecho. Por su parte, el perjuicio de la mora se refiere a la demostración de un daño ante el transcurso del tiempo y la no satisfacción de un derecho, en otras palabras, la necesidad de urgencia de la medida cautelar o el peligro derivado de su no adopción. Sumado a esto, el juzgador debe realizar un estudio de ponderación, que incluya el análisis, en estricto sentido, de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, explica.

En ese sentido, el Consejo de Estado ha sostenido que el análisis o valoración inicial de legalidad del acto acusado comprende:

“[...] una confrontación de legalidad de aquel con las normas superiores invocadas, o con las pruebas allegadas junto a la solicitud. Este análisis inicial permite abordar el objeto del proceso, la discusión de ilegalidad en la que se enfoca la demanda, pero con base en una apreciación sumaria, propia de una instancia en la que las partes aún no han ejercido a plenitud su derecho a la defensa. Y esa valoración inicial o preliminar, como bien lo contempla el inciso 2° del artículo 229 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, no constituye prejuzgamiento, y es evidente que así lo sea, dado que su resolución parte de un conocimiento sumario y de un estudio que, si bien permite efectuar interpretaciones normativas o valoraciones iniciales, no sujeta la decisión final [...]”.

Bogotá D.C., Colombia

Calle 53 No. 13 - 27 • Teléfono (57) (1) 444 3100 • www.minjusticia.gov.co



Descendiendo al caso concreto, se resalta que los fundamentos de la solicitud de la medida cautelar no logran desvirtuar la presunción de constitucionalidad y legalidad de la que goza el acto administrativo acusado, dado que el accionante alega el desconocimiento de lo consagrado en el artículo 14 del Decreto 491 del 2021, pero de la mera confrontación entre este mandato legal y el contenido del Decreto 1754 no resulta ostensible vulneración alguna que amerite ordenar la suspensión provisional de esta normativa.

Es más, el sindicato accionante presenta el mismo argumento para alegar el quebrantamiento del derecho al debido proceso, el artículo 189 constitucional y el artículo 14 del Decreto 491, es decir, no estructuró verdaderos cargos individualizados. De todas formas, ante lo probado hasta el momento en el expediente, no se observa la forma en que se presentó la supuesta violación de tales preceptos, de modo que no se corrobora la idoneidad ni la necesidad de decretar la medida cautelar requerida.

Igualmente, no se evidencia que lo ordenado en el Decreto 1754 cause un perjuicio irremediable. 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 o contradicción manifiesta entre alguna norma superior y el Decreto 1754 del 2020 que justifique ordenar la suspensión provisional de este. Además, tampoco acreditó suficientemente la idoneidad y necesidad de dicha medida cautelar.

3. ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS

Atendiendo el párrafo 1° del artículo 175 de la Ley 1437 del 2011, se anexa copia de los antecedentes administrativos que sirvieron de fundamento en la expedición del Decreto 1754 del 2020.

4. PETICIÓN

Por lo expuesto, se solicita respetuosamente al Consejo de Estado **NEGAR LA SOLICITUD DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL** del Decreto 1754 del 2020.

5. ANEXOS

Adjunto al presente escrito los siguientes documentos:

Bogotá D.C., Colombia

Calle 53 No. 13 - 27 • Teléfono (57) (1) 444 3100 • www.minjusticia.gov.co

La justicia
es de todos

Minjusticia

- 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 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.

6. 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

Bogotá D.C., Colombia

Calle 53 No. 13 - 27 • Teléfono (57) (1) 444 3100 • www.minjusticia.gov.co

La justicia
es de todos

Minjusticia

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:

siunedian@dian.gov.co
justiciasuperiorconstitucional@gmail.com
notificacionesjudiciales@funcionpublica.gov.co

Anexos: Lo anunciado.

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.

Radicados de entrada: MJD-EXT21-0056913, MJD-EXT21-0056945 y MJD-EXT21-0056950 del 15-12-21.

TRD: 2300-36152

<https://vuv.minjusticia.gov.co/Publico/FindIndexWeb?rad=F0AuFFAINvzXRfOiv%2F%2BUyz6mYwJU0hJClInHF%2BUswedg%3D&cod=PKTfh5RG2PFrCAunrNnC6g%3D%3D>

¹ “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.

En los demás casos, las medidas cautelares serán procedentes cuando concurren los siguientes requisitos:

1. Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.
2. Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.
3. Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.
4. Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:
 - a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o
 - b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.”

² Consejo de Estado, Sección Primera. Auto 11001032400020140044700 y 11001032400020130065000, abr. 24/19, C. P. Roberto Augusto Serrato Valdés.

³ Consejo de Estado, Sala Plena. Auto 11001031500020140379900, mar. 17/15, C. P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto 11001032600020150002200 (53057), mayo. 13/15, C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Este fallo indica que, en la determinación de una medida cautelar, el juez debe tener en cuenta valoraciones fácticas referentes a los medios de acción a ser seleccionados, lo que implica analizar que aquella sea adecuada para afrontar la amenaza al derecho afectado (idoneidad), y sea la menos lesiva de la competencia propia de la administración pública (necesidad), además, de determinar, de manera doble, el grado de afectación o no satisfacción de cada uno de los principios contrapuestos (ponderación).

⁵ Consejo de Estado. Auto 11001031500020140379900. *Op. Cit.*

Bogotá D.C., Colombia

Calle 53 No. 13 - 27 • Teléfono (57) (1) 444 3100 • www.minjusticia.gov.co