



## Sentencia 2018-00786 de 2021 Consejo de Estado

CONCURSO-CURSO ABIERTO DE MÉRITOS DE DRAGONEANTES DEL INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO / VALORACIÓN MÉDICA PARA LOS ASPIRANTES A INGRESAR AL CUERPO DE CUSTODIA Y VIGILANCIA DEL INPEC / MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN DE ACTO ADMINISTRATIVO EN EL MEDIO DE CONTROL DE SIMPLE NULIDAD

Frente a lo alegado como un vicio del Acuerdo 563 acusado, por disponer que «el único resultado aceptado en el proceso de selección, respecto de la aptitud médica y psicofísica del aspirante, será el emitido por la entidad especializada contratada previamente para tal fin por la universidad, institución universitaria e institución de educación superior que la CNSC contrate para el desarrollo del proceso de selección», además que «el resultado de los exámenes médicos después de resueltas las reclamaciones, tendrá carácter de definitivo» y que el aspirante que obtenga calificación definitiva de no apto será excluido del concurso-curso, el despacho estima que no se observa violación de las normas constitucionales sobre el debido proceso y la carrera que fueron invocadas por el demandante. Esto, porque de la redacción de los incisos 6.º, 7.º y 8.º del Artículo 50 *ibidem*, no se extrae que los aspirantes no puedan controvertir el resultado oficial de la entidad contratada para realizar la valoración médica con otros dictámenes emitidos por entidades o profesionales de la salud diferentes, pues, en todo caso, frente a la evaluación psicofísica inicial se puede presentar una reclamación, que en el marco del procedimiento de selección funciona como un recurso de reposición, en la que no se prevén limitaciones en cuanto a su contenido.

NORMA DEMANDADA: ACUERDO 563 DE 2016- ARTÍCULO 50 INCISO 6 ( No suspendido) COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL / ACUERDO 563 DE 2016- Artículo 50 inciso 7 COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL ( No suspendido) / ACUERDO 563 DE 2016- Artículo 50 inciso 8 COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL( No suspendido)

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 (CPACA) - ARTÍCULO 229 7 LEY 1437 DE 2011 (CPACA) – ARTÍCULO 230

CONCURSO-CURSO ABIERTO DE MÉRITOS DE DRAGONEANTES DEL INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO / ATENCIÓN Y RESPUESTA A LAS RECLAMACIONES SOBRE LOS RESULTADOS DE LA VALORACIÓN MÉDICA

Lo dispuesto en el inciso 4.º del Artículo 30 y en el Artículo 54 del acto administrativo acusado, respecto de la improcedencia de recursos en contra de las decisiones que resuelven reclamaciones en el certamen ¿transgrede los Artículos 29 de la Constitución y 74 del CPACA?(...)para resolver este problema jurídico es menester tener en cuenta que el procedimiento administrativo regulado en la primera parte del CPACA, dentro de lo que se encuentra la reglamentación de los recursos que se pueden interponer en contra de los actos administrativos, se aplica de manera residual frente a procedimientos regulados en leyes especiales. Así pues, en este caso no debe aplicarse el Artículo 74 del CPACA, porque el Decreto Ley 760 de 2005 «por el cual se establece el procedimiento que debe surtir ante y por la Comisión Nacional del Servicio Civil para el cumplimiento de sus funciones», prevé, en su Artículo 13, una norma especial para los concursos adelantados por la CNSC, como es el que está reglamentado en el Acuerdo 563 de 2016, que dispone que contra la decisión sobre las reclamaciones de los participantes por sus resultados, obtenidos en las pruebas aplicadas en los procesos de selección, no procede ningún recurso, tal y como fue previsto en el acto acusado. Por lo dicho, no se observa la violación de las normas constitucionales y legales invocadas por el demandante como fundamento de su solicitud de medida cautelar en este proceso de simple nulidad, por lo que esta será negada.

FUENTE FORMAL: ACUERDO 563 DE 2016 - ARTÍCULO 30 INCISO 4 COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL ( No suspendido) / ACUERDO 563 DE 2016 - ARTÍCULO 54.COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL ( No suspendido)

MEDIDA CAUTELAR Y TUTELA ANTICIPADA - Diferencias

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: «[...] tiene por función combatir el peligro de tardanza de la resolución jurisdiccional componiendo la situación litigiosa entre las partes provisionalmente [...]».

MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL DE ACTO ADMINISTRATIVO

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*.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN "A"

Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá, D.C., doce (12) de abril de dos mil veintiuno (2021).

Radicación número: 11001-03-25-000-2018-00786-00(3021-18 y 3023-18) Acumulado

Actor: JOSÉ GERARDO ESTUPIÑÁN RAMÍREZ

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (CNSC)

Referencia: NULIDAD

Temas: Concurso-curso abierto de méritos de dragoneantes del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC). Valoración médica para los aspirantes a ingresar al Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC. Procedencia de recursos en contra de las decisiones que resuelven las reclamaciones en los concursos adelantados por la CNSC.

Radicación: 11001-03-25-000-2018-00786-00(3021-2018) acumulado 11001-03-25-000-2018-00788-00 (3023-2018)

AUTO NIEGA MEDIDA CAUTELAR

Interlocutorio O-009-2021

1. ASUNTO

Procede el despacho a resolver la solicitud de suspensión provisional de los efectos del Acuerdo 563 del 14 de enero de 2016, proferido por la Comisión Nacional del Servicio Civil, «por el cual se convoca a Concurso – Curso Abierto de Méritos para proveer definitivamente las vacantes del Empleo denominado Dragoneante, Código 4114, Grado 11, perteneciente al Régimen Específico de Carrera del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC – Convocatoria n.º 335 de 2016».

2. ANTECEDENTES

2.1. Demanda y solicitud de suspensión provisional<sup>1</sup>

El señor José Gerardo Estupiñán Ramírez solicitó, en ejercicio del medio de control de nulidad simple, la anulación de las siguientes disposiciones:

- En el proceso 11001-03-25-000-2018-00786-00 (3021-2018): Incisos 6.º, 7.º y 8.º del Artículo 50 y el Artículo 54 del Acuerdo 563 del 14 de enero de 2016 de la CNSC.
- En el proceso 11001-03-25-000-2018-00788-00 (3023-2018): Inciso 4.º del Artículo 30 y el inciso 6.º del Artículo 50 del mismo acuerdo.

En ambos casos pidió que se decrete la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de la totalidad del acto acusado. El fundamento de la petición radicó en que, a juicio del demandante, se hace necesario proteger el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, por cuanto en el momento de presentación de la demanda<sup>2</sup>, se estaba tramitando en el Congreso de la República el Proyecto de Ley 169 de 2017<sup>3</sup>, que con lo previsto en su Artículo 2.º<sup>4</sup>, contemplaba la posibilidad de que el INPEC fuera transformado o liquidado, con la eventual modificación de los requisitos del concurso reglamentado por el acto administrativo acusado, o con la terminación de las vacantes existentes.

Adicionalmente, desde un análisis conjunto de las disposiciones cuestionadas, aseguró que se encuentran viciadas de nulidad por la violación de las normas en que debían fundarse, concretamente de los Artículos 29 y 125 de la Constitución, y 74 del CPACA, toda vez que señalan que la valoración médica prevista en el concurso no puede ser controvertida con otros dictámenes especializados distintos al que emite la entidad contratada para tales efectos en el certamen; además, que privan a los aspirantes del derecho a interponer recursos en contra de la decisión que resuelve las reclamaciones que realicen en esta materia.

2.2. Pronunciamiento de la parte demandada<sup>5</sup>

La CNSC, a través de apoderada, se opuso al decreto de la medida cautelar. En ese sentido, sostuvo que la solicitud de suspensión provisional del acto acusado resulta inocua, en la medida en que ya se conformaron las listas de elegibles en el concurso de dragoneantes del INPEC reglamentado por el Acuerdo 563 de 2016. Además, que dicha petición no cumple con la carga argumentativa requerida y no es evidente la presunta violación de las normas invocadas en la demanda.

Igualmente, indicó que, de acuerdo con los Artículos 125 y 130 de la Constitución, esa entidad es la encargada de administrar y vigilar el sistema general de carrera administrativa y los sistemas especiales y específicos de carrera que tengan fundamento legal, dentro de los que se encuentra el del INPEC y, en virtud de ello, procedió a adelantar el concurso abierto de méritos para proveer 400 vacantes definitivas del empleo denominado dragoneante código 4114, grado 11, perteneciente a la planta global de personal del mencionado Instituto, proceso identificado como convocatoria 335 de 2016 y que fue reglamentado por el Acuerdo 563 del 14 de enero de ese año, demandado en este proceso.

Sobre la valoración médica, la CNSC expuso que, según el Artículo 48 del acto acusado, esta no es una prueba dentro del procedimiento de selección, sino un trámite previo y obligatorio para ingresar al curso de formación o complementación; asimismo, que es diferente al examen médico de ingreso al empleo de dragoneante, que debe realizar el INPEC una vez culmine el proceso de selección. De esa manera, señaló que por las inhabilidades contempladas en el profesiograma, aprobado mediante la Resolución 005657 del 24 de diciembre de 2015 del INPEC y las funciones especiales y esenciales que desempeña el cuerpo de vigilancia y custodia del Instituto, el dictamen médico busca la protección de los derechos a la vida e integridad física de quienes cumplen esas labores, lo cual es acorde con lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia T-572 de 2015, en la que esa Corporación indicó que es viable exigir en estos concursos el cumplimiento de requisitos de naturaleza física, siempre que exista un fundamento científico o médico que lo justifique.

Del mismo modo, explicó que la jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>6</sup>, al tratar el tema de los resultados obtenidos en los exámenes médicos en estas convocatorias, no ha sostenido que los diagnósticos particulares que aporten los aspirantes de los concursos deban ser aceptados de plano, sino que ha precisado que el examen válido es el que realiza la entidad especializada que se haya contratado para el proceso de selección.

Por su parte, en lo relativo a la presentación de recursos frente a la decisión sobre las reclamaciones, aseveró que no se desconoció el Artículo 74 del CPACA porque ese tema está reglado en una norma especial que es el Decreto 760 de 2005. Y, finalmente, sostuvo que el trámite del proyecto de ley que adujo el demandante como un grave riesgo para el concurso de méritos no representa ningún peligro para los derechos de los aspirantes, toda vez que en nada incidiría en los resultados del concurso.

### 3. CONSIDERACIONES

#### 3.1. Competencia

El despacho es competente para resolver la solicitud de suspensión provisional de los efectos del Acuerdo 563 del 14 de enero de 2016, proferido por la CNSC, de conformidad con los Artículos 229<sup>7</sup> y 230<sup>8</sup> del CPACA.

#### 3.2. 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 [...].».

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>9</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>10</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 descender el traslado<sup>11</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 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>12</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>13</sup>.

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>14</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>15</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 juez, estas últimas derivadas, tal vez, de la inexperiencia o de la incomprensión 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>16</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>17</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>18</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>19</sup>, riesgos de nuevas tecnologías<sup>20</sup>, probables movimientos masivos de tierra, desbordamientos de ríos, etc.<sup>21</sup>, si se tiene conocimiento de indicios serios y graves que puedan ser causa o efecto de un posible daño.

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>22</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>23</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>24</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: «[...] tiene por función combatir el peligro de tardanza de la resolución jurisdiccional componiendo la situación litigiosa entre las partes provisionalmente [...]»<sup>25</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>26</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 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>27</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>28</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. ° 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.

2. 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.

3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.

4. 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.

5. 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*.

### 3.3. Problemas jurídicos

Corresponde al despacho definir si procede la suspensión provisional de los efectos del Acuerdo 563 del 14 de enero de 2016, proferido por la CNSC. Con tal fin, es preciso dar respuesta a los siguientes interrogantes:

3.3.1. Lo previsto en los incisos 6. °, 7. ° y 8. ° del Artículo 50 del acuerdo demandado, sobre los resultados admisibles de la valoración médica que se practica en el concurso-curso de dragoneantes del INPEC ¿viola lo consagrado en los Artículos 29 y 125 de la Constitución?

3.3.2. Lo dispuesto en el inciso 4. ° del Artículo 30 y en el Artículo 54 del acto administrativo acusado, respecto de la improcedencia de recursos en contra de las decisiones que resuelven reclamaciones en el certamen ¿transgrede los Artículos 29 de la Constitución y 74 del CPACA?

#### Primer problema jurídico

Lo previsto en los incisos 6. °, 7. ° y 8. ° del Artículo 50 del acuerdo demandado, sobre los resultados admisibles de la valoración médica que se practica en el concurso-curso de dragoneantes del INPEC ¿viola lo consagrado en los Artículos 29 y 125 de la Constitución?

Tesis del despacho: Lo preceptuado en los incisos 6. °, 7. ° y 8. ° del Artículo 50 acusado no viola los Artículos 29 y 125 de la Constitución. Esto, de acuerdo con las siguientes razones:

Para el demandante, las disposiciones que se analizan en este problema jurídico están viciadas de nulidad por contrariar los Artículos 29<sup>29</sup> y 125<sup>30</sup> de la Constitución, que consagran el derecho fundamental al debido proceso y a la carrera como criterio general de provisión de los empleos en el Estado. Esto, por cuanto, según los preceptos acusados, la valoración médica prevista en el concurso no puede ser controvertida con otros dictámenes especializados distintos al que emite la entidad contratada para el certamen.

Al respecto, el Artículo 50 del Acuerdo 563 de 2016 regula lo siguiente:

«ARTÍCULO 50.º. IMPORTANCIA Y EFECTOS DEL RESULTADO DE LA VALORACIÓN MÉDICA: Con la valoración médica practicada a cada aspirante que supere el concurso, se analiza la aptitud psicofísica, entendida esta de manera general como la capacidad mental y física que posee un ser humano para desempeñar una actividad u oficio.

La capacidad física es la compatibilidad adecuada, evaluada por el médico examinador, entre el profesiograma psicofísico para una función específica y el conjunto de cualidades y condiciones físicas del aspirante a dicha función. Esta capacidad en cada aspirante citado a practicarse exámenes médicos, se evaluará por medio de los siguientes instrumentos presentes en el profesiograma adoptado por el INPEC: a) La historia clínica ocupacional, con énfasis en el sistema neurológico y osteomuscular, b) La ficha de evaluación de la carga física y c) La ficha de evaluación osteomuscular.

La capacidad médica y psicofísica de los aspirantes a ingresar como alumno a la Escuela Penitenciaria Nacional, se califica bajo los conceptos de APTO Y NO APTO.

El aspirante que cumpla con todas las condiciones médicas, físicas, psicológicas y demás que le permitan desarrollar normal y eficientemente la actividad correspondiente, según el Profesiograma del empleo de Dragoneante establecido por el INPEC, será considerado APTO.

Será calificado NO APTO el aspirante que presente alguna alteración médica, según el Profesiograma del empleo de Dragoneante establecido por el INPEC, razón por la cual será excluido del proceso de selección.

El único resultado aceptado en el proceso de selección, respecto de la aptitud médica y psicofísica del aspirante, será el emitido por la entidad especializada contratada previamente para tal fin por la universidad, institución universitaria e institución de educación superior que la CNSC contrate para el desarrollo del proceso de selección.

La valoración médica practicada a cada aspirante no es una prueba dentro de la Convocatoria, sino que constituye un requisito para ingresar al Curso de Formación o Complementación en la Escuela Penitenciaria Nacional del INPEC, el resultado de los exámenes médicos después de resueltas las reclamaciones, tendrá carácter de definitivo.

El aspirante que obtenga calificación definitiva de NO APTO en la Valoración Médica, será excluido del proceso de selección en esa instancia». (Negrita fuera de texto, correspondiente a los incisos demandados).

Acerca de esta cuestión, el despacho resalta que la valoración médica que se le exige practicar a los aspirantes en el concurso-curso reglamentado por la norma demandada, no se constituye en una prueba en el proceso de selección<sup>31</sup>, sino en un trámite que sirve para determinar la aptitud psicofísica de los aspirantes como condición necesaria para el ejercicio del cargo. Esta valoración es posterior a la fase I del certamen, que consiste específicamente en el concurso, y previa a la fase II, que corresponde a los cursos de formación y complementación teórica y práctica a los que pueden acceder quienes hayan superado las pruebas de la primera fase<sup>32</sup>.

En ese sentido, de acuerdo con la Resolución 005657 del 24 de diciembre de 2015, proferida por el director general del INPEC<sup>33</sup>, que definió el profesiograma<sup>34</sup>, el perfil profesioográfico<sup>35</sup> y las inhabilidades médicas para los empleos del Cuerpo de Custodia y Vigilancia (CCV) del INPEC, al cual pertenece el cargo de dragoneante, y que fue tomada como base para la valoración médica del concurso-curso, este requisito tiene su origen en la reglamentación, que en materia de salud ocupacional y del servicio del CCV, ha definido el Gobierno nacional. En esta, se ha determinado lo siguiente:

i. Que todos los empleadores, públicos o privados, tienen el deber de organizar y garantizar un programa de salud ocupacional en sus empresas o entidades, dentro de lo que se incluye un subprograma de medicina preventiva y de trabajo en el que se realizan «exámenes médicos, clínicos y paraclínicos para admisión, ubicación según actitudes, periódicos ocupacionales, cambios de ocupación, reingreso al trabajo, retiro y otras situaciones que alteren o puedan traducirse en riesgo para la salud de los trabajadores [...]»<sup>36</sup>.

ii. Del mismo modo, que entre estos exámenes o evaluaciones médicas ocupacionales, existen los denominados «preocupacionales» o de «preingreso», que sirven para «determinar las condiciones de salud física, mental y social del trabajador antes de su contratación, en función de las condiciones de trabajo a las que estaría expuesto, acorde con los requerimientos de la tarea y perfil del cargo» y su objetivo es verificar «la aptitud del trabajador para desempeñar en forma eficiente las labores sin perjuicio de su salud o la de terceros, comparando las demandas del oficio para el cual se desea contratar con sus capacidades físicas y mentales; establecer la existencia de restricciones que ameriten alguna condición sujeta a modificación, e identificar condiciones de salud que estando presentes en el trabajador, puedan agravarse en desarrollo del trabajo»<sup>37</sup>.

iii. Igualmente, que, en relación con el INPEC, la «actividad del personal dedicado a la custodia y vigilancia de los internos en los centros de reclusión carcelaria, durante el tiempo en el que ejecuten dicha labor», es prevista como de alto riesgo para la salud del trabajador<sup>38</sup>.

iv.Y, por último, que uno de los requisitos para ingresar al CCV del INPEC es «obtener certificados de aptitud médica y psicofísica expedido por la Caja Nacional de Previsión Social o su equivalente»<sup>39</sup>.

En consonancia con lo anterior, esta Corporación ha señalado que el empleo de dragoneante exige de quienes lo desempeñen, una serie de aptitudes y condiciones físicas especiales que les permitan, no solo atender de la mejor manera las labores de vigilancia, seguridad y custodia que cumplen respecto de los reclusos y de mantenimiento del orden de los centros carcelarios, sino también la defensa misma de su integridad física, que se ve alta y constantemente expuesta con ocasión del contenido funcional del cargo que desempeñan, por lo que es admisible que existan valoraciones médicas como requisito para acceder a él<sup>40</sup>.

Por su parte, la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la proporcionalidad y racionalidad de los requisitos médicos y físicos exigidos para el cargo de dragoneante del INPEC<sup>41</sup>, indicando que las entidades públicas o empresas privadas pueden exigir condiciones para ingresar a un determinado programa o cierto tipo de formación especializada para desempeñar específicas tareas y, por lo tanto, están facultadas para excluir a un aspirante que no cumple cualquiera de las que han sido previstas, sin vulnerar sus derechos fundamentales. Sin embargo, en esta materia deben cumplirse los siguientes parámetros: (i) que los candidatos hayan sido previa y debidamente advertidos acerca de los requisitos, (ii) que el proceso de selección se haya adelantado en igualdad de condiciones; y (iii) que la decisión correspondiente se haya tomado con base en las reglas aplicables.

Ahora bien, frente a lo alegado como un vicio del Acuerdo 563 acusado, por disponer que «el único resultado aceptado en el proceso de selección, respecto de la aptitud médica y psicofísica del aspirante, será el emitido por la entidad especializada contratada previamente para tal fin por la universidad, institución universitaria e institución de educación superior que la CNSC contrate para el desarrollo del proceso de selección», además que «el resultado de los exámenes médicos después de resueltas las reclamaciones, tendrá carácter de definitivo» y que el aspirante que obtenga calificación definitiva de no apto será excluido del concurso-curso, el despacho estima que no se observa violación de las normas constitucionales sobre el debido proceso y la carrera que fueron invocadas por el demandante. Esto, porque de la redacción de los incisos 6.º, 7.º y 8.º del Artículo 50 *ibidem*, no se extrae que los aspirantes no puedan controvertir el resultado oficial de la entidad contratada para realizar la valoración médica con otros dictámenes emitidos por entidades o profesionales de la salud diferentes, pues, en todo caso, frente a la evaluación psicofísica inicial se puede presentar una reclamación, que en el marco del procedimiento de selección funciona como un recurso de reposición, en la que no se prevén limitaciones en cuanto a su contenido.

Sobre esta particular cuestión, en el estudio de una acción de tutela presentada en contra de la CNSC, el INPEC y la Universidad Manuela Beltrán, por parte de una persona que fue excluida por resultar no apta en la valoración médica, de la Convocatoria 335 de 2016, reglamentada por el Acuerdo 563 del mismo año, estudiado en este proceso, la Subsección a la que pertenece este despacho tuvo la oportunidad de señalar que, en el concurso-curso de dragoneantes, resulta ajustado a derecho que se determine que el único dictamen de la valoración médica que puede tomarse como vinculante es el de la entidad contratada de manera oficial en el proceso de selección, no obstante, también precisó que dicho diagnóstico puede ser impugnado con fundamento en otros conceptos técnicos en la oportunidad prevista en las reglas de la convocatoria (Artículo 54 del acuerdo)<sup>42</sup>.

Del mismo modo, en una reciente decisión que negó una solicitud de suspensión provisional de los efectos del Acuerdo 563 en el proceso que se tramita como nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, y en el que el demandante de la nulidad es el mismo ciudadano que promovió este trámite, el despacho ponente de dicho medio de control indicó lo siguiente<sup>43</sup>:

«En cuanto a la previsión según la cual «el único resultado aceptado en el proceso de selección, respecto de la aptitud médica y psicofísica del aspirante, será el emitido por la entidad especializada contratada previamente para tal fin por la universidad, institución universitaria e institución de educación superior que la CNSC contrate para el desarrollo del proceso de selección», el despacho advierte, *prima facie*, que la disposición se encuentra ajustada a la legalidad en consideración a que la Universidad Manuela Beltrán contrató a la IPS Fundemos con el propósito de garantizar los principios de imparcialidad y transparencia, que orientan los procesos de selección y la función pública en general.

Por manera que no podría considerarse que la disposición cuestionada vulnera el debido proceso, en tanto que, ante la probabilidad de la existencia de una irregularidad o inexactitud en los resultados del examen médico, el acuerdo contempla la posibilidad de presentar una reclamación que debía ser atendida por una entidad imparcial respecto de todos los aspirantes del concurso».

Concordando con lo que se acaba de transcribir, se reitera, que lo previsto en los incisos 6.º, 7.º y 8.º del Artículo 50 del Acuerdo 563 de 2016 de la CNSC, no viola el debido proceso ni los principios de la carrera, toda vez que los aspirantes en el proceso de selección tienen la oportunidad de impugnar el resultado de la valoración médica con otros conceptos, con lo que se garantiza su derecho a la defensa y a la igualdad en la aplicación de las reglas de la convocatoria.

En conclusión: Lo preceptuado en los incisos 6.º, 7.º y 8.º del Artículo 50 acusado no viola los Artículos 29 y 125 de la Constitución.

Segundo problema jurídico

Lo dispuesto en el inciso 4.º del Artículo 30 y en el Artículo 54 del acto administrativo acusado, respecto de la improcedencia de recursos en contra de las decisiones que resuelven reclamaciones en el certamen ¿transgrede los Artículos 29 de la Constitución y 74 del CPACA?

Tesis del despacho: Lo estatuido en las disposiciones acusadas no transgrede los Artículos 29 de la Constitución y 74 del CPACA. Lo anterior según estas consideraciones:

En la demanda se asegura que los preceptos que se estudian en este problema jurídico están viciados de nulidad por contrariar los Artículos 29 de la Constitución y 74 del CPACA<sup>44</sup>, sobre el debido proceso y los recursos que proceden frente a los actos administrativos, ya que no se les da

la oportunidad a los aspirantes de interponer recursos en contra de la decisión sobre las reclamaciones en el certamen.

En ese sentido, esto prevé el Artículo 30 del Acuerdo 563 de 2016:

«ARTÍCULO 30.º. ATENCIÓN Y RESPUESTA A LAS RECLAMACIONES SOBRE LOS RESULTADOS DE LAS PRUEBAS. Las reclamaciones de los aspirantes por los resultados de las pruebas, se recibirán y decidirán exclusivamente por la universidad, institución universitaria e institución de educación superior contratada por la CNSC, a través de su página Web y en la de la CNSC [www.cnsc.gov.co](http://www.cnsc.gov.co) en el link “Convocatoria n.º 335 de 2016 – INPEC Dragoneantes”.

El plazo para realizar las reclamaciones es de cinco (5) días hábiles contados a partir del día siguiente a la publicación de los resultados, en consonancia con lo establecido en el Artículo 13 del Decreto 760 de 2005 y las demás normas concordantes según corresponda.

Únicamente con ocasión a las pruebas escritas psicología clínica y de valores, dentro de la oportunidad para presentar reclamaciones, los aspirantes que manifiesten en la misma la necesidad de acceder a las pruebas presentadas, lo harán a través del aplicativo diseñado para las reclamaciones; atendiendo para ello la citación del aspirante y el protocolo que para el efecto se establezca. A partir del día siguiente al acceso a los documentos de reserva, el aspirante contará con un término de dos (2) días para completar su reclamación, para lo cual, se habilitará el aplicativo a reclamaciones solo por este término. Lo anterior en concordancia con el Acuerdo 545 del 04 de agosto de 2015.

Contra la decisión que resuelve las reclamaciones no procede ningún recurso». (Negrita fuera de texto, correspondiente al inciso demandado).

Por su parte, el Artículo 54 señala lo siguiente:

«ARTÍCULO 54.º. ATENCIÓN Y RESPUESTA A LAS RECLAMACIONES SOBRE LOS RESULTADOS DE LA VALORACIÓN MÉDICA. Las reclamaciones de los aspirantes con concepto de NO APTO, con ocasión de los resultados de la Valoración Médica, serán presentadas ante la universidad, institución universitaria e institución de educación superior que la CNSC contrate para el desarrollo del proceso de selección, dentro de los dos (2) días siguientes a la publicación de los resultados.

La reclamación será decidida y comunicada a través de la página Web de la CNSC, en el link “Convocatoria n.º 335 de 2016 – INPEC Dragoneantes”, o en la página de la universidad, institución universitaria e institución de educación superior que la CNSC contrate para el desarrollo del proceso de selección.

Ante la decisión que resuelve la reclamación contra el resultado de la Valoración Médica, no procede ningún recurso».

Visto lo anterior, para resolver este problema jurídico es menester tener en cuenta que el procedimiento administrativo regulado en la primera parte del CPACA, dentro de lo que se encuentra la reglamentación de los recursos que se pueden interponer en contra de los actos administrativos, se aplica de manera residual frente a procedimientos regulados en leyes especiales<sup>45</sup>.

Así pues, en este caso no debe aplicarse el Artículo 74 del CPACA, porque el Decreto Ley 760 de 2005 «por el cual se establece el procedimiento que debe surtir ante y por la Comisión Nacional del Servicio Civil para el cumplimiento de sus funciones», prevé, en su Artículo 13, una norma especial para los concursos adelantados por la CNSC, como es el que está reglamentado en el Acuerdo 563 de 2016, que dispone que contra la decisión sobre las reclamaciones de los participantes por sus resultados, obtenidos en las pruebas aplicadas en los procesos de selección, no procede ningún recurso<sup>46</sup>, tal y como fue previsto en el acto acusado.

Por lo dicho, no se observa la violación de las normas constitucionales y legales invocadas por el demandante como fundamento de su solicitud de medida cautelar en este proceso de simple nulidad, por lo que esta será negada.

En conclusión: Lo estatuido en las disposiciones acusadas no transgrede los Artículos 29 de la Constitución y 74 del CPACA.

## DECISIÓN

Al no evidenciar la violación de las normas superiores alegada por el demandante, la solicitud de medida cautelar se denegará y en este sentido se,

## RESUELVE

Primero: Negar la solicitud de medida cautelar consistente en la suspensión de los efectos del Acuerdo 563 del 14 de enero de 2016, proferido por la CNSC, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Segundo: Háganse las anotaciones respectivas en los programas informáticos pertinentes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Firmado electrónicamente

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

1. Folios 1-8 del cuaderno de la medida cautelar en el proceso 11001-03-25-000-2018-00786-00 (3021-2018) y folios 1-6 del cuaderno de la medida cautelar en el proceso 11001-03-25-000-2018-00788-00 (3023-2018), que también pueden ser consultados en su versión electrónica en el índice 47 del expediente digital de este proceso.

2. 22 de junio de 2018: índice 1 del expediente digital.

3. Aclaración del despacho: Este Proyecto de Ley Orgánica, identificado como 169 de 2017 (Senado) 026 de 2017 (Cámara), fue aprobado por el Congreso de la República y fue sancionado como la Ley Orgánica 1896 del 30 de mayo de 2018 «por medio de la cual se exceptúa al Ministerio del Trabajo, al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec), al Congreso de la República - Cámara de Representantes y Senado de la República, a la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil (UAEAC) y al Departamento Administrativo para la Prosperidad Social (DPS), de lo dispuesto en el Artículo 92 de la Ley 617 de 2000». Esto último respecto del control a gastos de personal en las entidades públicas nacionales.

4. «Artículo 2.º. Excepción de aplicación al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC). Exceptúese al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) de la aplicación de las restricciones previstas en el Artículo 92 de la Ley 617 del 2000, en el crecimiento de los gastos de personal, para efectos de la modificación de su Planta de Personal, durante las vigencias fiscales 2019 y 2020.

Parágrafo. El Gobierno Nacional presentará al Congreso de la República, dentro del año siguiente a la publicación de la presente Ley, la propuesta de reforma de manejo carcelario del País y su estructura, teniendo en cuenta los lineamientos de Política Criminal»: Folio 8 del cuaderno de medidas cautelares.

5. Folios 18-22 del cuaderno de la medida cautelar del proceso 3021-2018.

6. Citada de la siguiente manera: «sentencia de 27 de abril de 2017. Radicado n.º 52001-23-33-000-2017-00019-01. Actor: Jonathan Zúñiga Zúñiga. Consejero Ponente: Rafael Francisco Suárez Vargas. Radicado n.º 68001233300020130019701. Consejero Ponente: Dr. Marco Antonio Velilla Moreno. Consejo de Estado, sentencia con radicado 2013-00007-01, M.P. Dra. Maria Claudia Rojas Lasso».

7. 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 [...]».

8. CPACA, 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 [...]».

9. Chiovenda, G., «Notas a Cass. Roma, 7 de marzo de 1921». Giur. Civ e Comm., 1921, p. 362.

10. 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).

11. 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.

12. El mal llamado «choque de trenes» que ha sucedido con cierta frecuencia en vigencia de la Constitución Política de Colombia del año 1991.
13. 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 [...]».
14. 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. «[...] La valoración de los documentos representativos de imágenes y de las noticias en prensa escrita o grabaciones de audio han generado discusión jurisprudencial desde tiempo atrás, debido a la duda razonable de comprobación de autenticidad y de la certeza de los hechos que se pretenden probar con esas imágenes o noticias en prensa escrita o hablada [...]».
15. 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>11</sup>, e incluso por esta Sala de Sección<sup>12</sup>. [...]
16. 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 resolutoria 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.
17. 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.
18. Aristóteles, Ética a Nicómaco, Libro II, cap. 2.
19. Corte Constitucional, sentencia T-1077 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
20. 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.
21. 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”.
22. Corte Constitucional, sentencia T-733 de 2017, M.P. Alberto Rojas Ríos.
23. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Democracia, jueces y control de la administración. 4.ª ed. ampliada. Madrid, Civitas, 1998, p. 290.
24. 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 descorre 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).
25. MITIDIERO, Daniel. Anticipación de tutela. De la tutela cautelar a la técnica anticipatoria. Madrid, 2013, Marcial Pons, p. 41.
26. El Artículo 152 del Decreto 01 de 1984, incluía el adjetivo «manifiesta infracción».
27. 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.

28. 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>

29. CP, art. 29: «El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso».

30. CP, art. 125: «Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.

Parágrafo. Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual este fue elegido».

31. Así lo señala el Artículo 48 del Acuerdo 563 de 2016 de la CNSC: «VALORACIÓN MÉDICA Y ESTABLECIMIENTO DE INHABILIDADES MÉDICAS: La presentación de la valoración médica, no constituye una prueba dentro del proceso de selección, sino un trámite previo y obligatorio para ingresar al Curso de Formación o Complementación.

Con ocasión de la valoración médica, las inhabilidades de este tipo se encuentran reguladas en la Resolución n.º 005657 del 24 de diciembre de 2015 del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC por la cual se modifica el Profesiograma, Perfil Profesiográfico e Inhabilidades Médicas para los empleos del Cuerpo de Custodia y Vigilancia – CCV del INPEC y se adopta la Versión 3 para el cargo de Dragoneante y la

Versión 2 para los cargos de ascenso. La mencionada Resolución describe los exámenes médicos que se aplicarán en el proceso de selección, como requisito indispensable por cumplir el aspirante, antes de ingresar a Curso a la Escuela Penitenciaria Nacional del INPEC, lo anterior de conformidad con lo establecido en el numeral 8 del Artículo 119, del Decreto 407 de 1994.

PARÁGRAFO: La Valoración Médica que en este Artículo se informa como requisito para ingresar al Curso, es diferente al examen médico de ingreso al empleo de Dragoneante, que lo realizará el INPEC una vez se culmine el proceso de selección».

32. El Artículo 4.º del Acuerdo 563 establece la estructura del proceso así: «ESTRUCTURA DEL PROCESO. El Concurso – Curso Abierto de Méritos para la selección de los aspirantes tendrá las siguientes fases:

1. Convocatoria y Divulgación
2. Inscripciones
3. Verificación de Requisitos Mínimos
4. FASE I. Concurso. (Pruebas)
  - 4.1. Prueba Psicológica Clínica
  - 4.2. Prueba de Valores
  - 4.3. Prueba Físico-Atlética
  - 4.4. Entrevista
5. Valoración Médica
6. FASE II. Curso (Art. 93 del Decreto Ley 407 de 1994)
  - 6.1. Curso de Formación teórico y práctico para mujeres
  - 6.2. Curso de Formación teórico y práctico para varones
  - 6.3. Curso de Complementación teórico y práctico
7. Conformación de Lista de Elegibles
8. Periodo de Prueba [...]».

33. «Por la cual se modifica el Profesiograma, Perfil Profesiográfico e Inhabilidades Médicas para los empleos del Cuerpo de Custodia y Vigilancia – CCV del INPEC y se adopta la Versión 3 para el cargo de Dragoneante y la Versión 2 para los cargos de ascenso».

34. La Resolución 005657 define el profesiograma como «el documento técnico en donde se definen las tareas, responsabilidades particularidades físicas y ambientales requeridas para el desempeño de un empleo y adicionalmente, establece los medios científicos necesarios para investigar que el empleado pueda desempeñarse en el puesto de trabajo para el cual es postulado».

35. El mismo acto administrativo establece que el perfil profesiográfico es «un documento en el que se indican las características, aptitudes y actitudes que debe tener una persona para desempeñar un empleo».

36. Resolución 1016 del 31 de marzo de 1989, emitida conjuntamente por los ministros de Trabajo y Seguridad Social y de Salud «[p]or la cual se reglamenta la organización, funcionamiento y forma de los Programas de Salud Ocupacional que deben desarrollar los patronos o empleadores en el país», en sus Artículos 1.º y 10.º (numeral 1.º).

37. Resolución 2346 del 11 de julio de 2007, expedida por el ministro de la Protección Social, «por la cual se regula la práctica de evaluaciones médicas ocupacionales y el manejo y contenido de las historias clínicas ocupacionales», en su Artículo 4.º.

38. Según el Decreto Ley 2090 de 2003 «por el cual se definen las actividades de alto riesgo para la salud del trabajador y se modifican y señalan las condiciones, requisitos y beneficios del régimen de pensiones de los trabajadores que laboran en dichas actividades», en su Artículo 2.º, numeral 7.º.

39. De conformidad con el Decreto Ley 407 de 1994 «[p]or el cual se establece el Régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario», en el Artículo 119, numeral 8.º.

40. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del del 18 de marzo de 2021, rad. 110010325000201800890 00 (3125-2018).

41. Cfr. Corte Constitucional, sentencias T-785 de 2013, T-572 de 2015 y T-586 de 2017.

42. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de tutela del 27 de abril de 2017, rad. 52001-23-33-000-2017-00019-01(AC).

43. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, auto de ponente del 11 de marzo de 2021, rad. 11001-03-25-000-2018-00819-00(3054-2018).

44. CPACA, art. 74: «Recursos contra los actos administrativos. Por regla general, contra los actos definitivos procederán los siguientes recursos:

1. El de reposición, ante quien expidió la decisión para que la aclare, modifique, adicione o revoque.

2. El de apelación, para ante el inmediato superior administrativo o funcional con el mismo propósito.

No habrá apelación de las decisiones de los Ministros, Directores de Departamento Administrativo, superintendentes y representantes legales de las entidades descentralizadas ni de los directores u organismos superiores de los órganos constitucionales autónomos».

45. CPACA, art. 2: «Ámbito de aplicación. Las normas de esta Parte Primera del Código se aplican a todos los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, a los órganos autónomos e independientes del Estado y a los particulares, cuando cumplan funciones administrativas. A todos ellos se les dará el nombre de autoridades.

Las disposiciones de esta Parte Primera no se aplicarán en los procedimientos militares o de policía que por su naturaleza requieran decisiones de aplicación inmediata, para evitar o remediar perturbaciones de orden público en los aspectos de defensa nacional, seguridad, tranquilidad, salubridad, y circulación de personas y cosas. Tampoco se aplicarán para ejercer la facultad de libre nombramiento y remoción.

Las autoridades sujetarán sus actuaciones a los procedimientos que se establecen en este Código, sin perjuicio de los procedimientos regulados en leyes especiales. En lo no previsto en los mismos se aplicarán las disposiciones de este Código». (Negrita fuera de texto).

46. DL 760/2005, art. 13: «Las reclamaciones de los participantes por sus resultados obtenidos en las pruebas aplicadas en los procesos de selección se formularán ante la Comisión Nacional del Servicio Civil o ante la entidad delegada, dentro de los cinco (5) días siguientes a su publicación y deberán ser decididas antes de aplicar la siguiente prueba o de continuar con el proceso de selección, para lo cual podrá suspender el proceso.

La decisión que resuelve la petición se comunicará a través de los medios utilizados para la publicación de los resultados de las pruebas y contra ella no procede ningún recurso». (Negrita fuera de texto).

---

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 10:07:09