



Radicado: 11001032500020180030200 (1046-2018)
Demandante: Mario Andrés Sandoval Rojas

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá, D. C., catorce (14) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

Referencia: NULIDAD.
Radicado: 11001032500020180030200 (1046-2018)
Demandante: Mario Andrés Sandoval Rojas
Demandado: Nación, Ministerio de Relaciones Exteriores y Departamento Administrativo de la Función Pública

Temas: Definición del número de cupos para ascender a la categoría de embajador en la carrera diplomática y consular. Reserva de ley respecto de los requisitos de ascenso en los sistemas de carrera. Publicación de los proyectos específicos de regulación. Confianza legítima en la expedición de actos administrativos de carácter general.

Decisión: Se declara la nulidad del Decreto 26 de 2018.

SENTENCIA DE ÚNICA INSTANCIA

O-23-2021

I. ASUNTO

La Sala de Subsección dicta la sentencia que en derecho corresponda, en el proceso judicial tramitado en virtud del medio de control de nulidad simple de que trata el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), promovido en nombre propio por el señor Mario Andrés Sandoval Rojas, en contra de la Nación, a través del Ministerio de Relaciones Exteriores y el Departamento Administrativo de la Función Pública (DAFP).

II. DEMANDA¹

1. Pretensión

Que se declare la nulidad del Decreto 26 del 9 de enero de 2018, proferido por el Gobierno Nacional (Presidencia de la República junto con el Ministerio de Relaciones Exteriores y el Departamento Administrativo de la Función Pública

¹ Folios 18-31 del cuaderno físico principal del proceso, los cuales también pueden ser consultados en el índice 37 del expediente digital en el sistema Samai del Consejo de Estado, archivo denominado: «27_ED_CuadernoPrincipalFolio1a l106.pdf(.pdf) NroActua 3».



[DAFP]), «por medio del cual se adiciona el Título 7 en la Parte 2 del Libro 2 del Decreto número 1067 de 2015 “por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Relaciones Exteriores”»².

Por otro lado, el demandante pidió que se decretara la medida cautelar de suspensión provisional del decreto acusado, pero esta fue negada mediante auto del 26 de marzo de 2019³.

Los fundamentos fácticos y jurídicos de la pretensión se resumen a continuación:

2. Hechos

El señor Mario Andrés Sandoval Rojas indicó que mediante el artículo 1.º de la Ley 573 de 2000, el Congreso revistió de facultades extraordinarias al presidente de la República para que, dentro de los quince días siguientes a la vigencia de esa ley, expidiera normas con fuerza legislativa sobre, entre otros temas, la regulación del servicio exterior, su personal de apoyo, la carrera diplomática y consular, y lo relativo a las disposiciones que sean competencia del legislador en esta materia y que se refieran a su régimen de personal.

En virtud de lo anterior, el presidente emitió el Decreto Ley 274 de 2000, «por el cual se regula el Servicio Exterior de la República y la Carrera Diplomática y Consular», y que algunas disposiciones de esa norma fueron objeto de análisis por parte de la Corte Constitucional en la sentencia C-292 de 2001. En esta, dicha Corporación condicionó la exequibilidad del cuarto inciso del párrafo primero del artículo 6.º *ibidem*, en el sentido de que el porcentaje previsto de un 20% del total de cargos de embajador en la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores, que han de ser ocupados por los funcionarios pertenecientes a la carrera diplomática y consular, debe ser entendido como un límite mínimo y no como máximo.

Del mismo modo, en esa sentencia, la Corte Constitucional declaró la inexecutable del numeral 2.º del artículo 31 del decreto en comento, que establecía un cupo de veinticinco funcionarios que podían estar escalafonados en la categoría de embajador, toda vez que, para dicha Corporación, ese precepto no guardaba correspondencia con el porcentaje mínimo antes mencionado y, en realidad, equivalía a fijar un límite máximo que implicaba el

² Como se precisó en el auto que fijó el litigio en este proceso, en la demanda se enuncia como segunda pretensión que se comunique a la Presidencia de la República y al Ministerio de Relaciones Exteriores la sentencia que se emita en este proceso. Frente a esto, debe tenerse en cuenta que el artículo 203 del CPACA prevé lo concerniente a la notificación de las sentencias emitidas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo y, de esa manera, la comunicación de la sentencia no depende de que el juez la decrete, sino que su procedencia y procedimiento se encuentra dispuesto por la ley.

³ Folios 40-44 del cuaderno físico de medidas cautelares e índice 37 del expediente digital, archivo denominado: «28_ED_Cuaderno2Folio1a149.pdf(.pdf) NroActua 37».



desconocimiento de los derechos de otros funcionarios de carrera para ascender y acceder a los cargos de embajador y cónsul general central, con lo cual no se atendieron los criterios de razón suficiente y proporcionalidad.

En ese sentido, el demandante afirmó que el Ministerio de Relaciones Exteriores ha interpretado el porcentaje del 20% antes referido como un máximo, pues en el momento de presentación de la demanda, en la planta global de esa entidad existían 810 cargos de carrera diplomática y consular, de los cuales un 55% estaban ocupados en provisionalidad y solo un 45% eran ejercidos por funcionarios de carrera.

Posteriormente, el Gobierno profirió el Decreto 1067 de 2015 «Único Reglamentario del Sector Administrativo de Relaciones Exteriores», a través del cual se compiló la normativa reglamentaria proferida en esa materia y luego, el 9 de enero de 2018, expidió el Decreto 26 de esa fecha, demandado en este proceso, que adicionó el Título 7.º a la Parte 2.º del Libro 2.º del mencionado decreto único reglamentario, el cual quedó conformado por un solo artículo, el 2.2.7.1.1, que previó lo siguiente: «Establécese en cincuenta (50) el cupo de funcionarios de la Carrera Diplomática y Consular de la República que pueden estar escalafonados en la categoría de Embajador de que trata el Artículo 31 del Decreto Ley 274 de 2000, para el año 2018».

En la parte motiva del Decreto 26 de 2018, el Ministerio de Relaciones Exteriores se refirió a los artículos 26 y 31 del Decreto Ley 274 de 2000 y asimismo transcribió los apartes de la sentencia C-292 de 2001 relacionados con el análisis de constitucionalidad del numeral 2.º del artículo 31 de esa norma, y señaló que era necesario establecer el cupo de funcionarios de carrera diplomática y consular que pueden ser escalafonados en la categoría de embajador.

Por otra parte, el señor Mario Andrés Sandoval Rojas sostuvo que el proyecto del Decreto 26 de 2018 no fue publicado por ningún medio antes de ser firmado por el presidente de la República y no se dio a conocer el soporte técnico que hipotéticamente le sirvió de respaldo. Además, tampoco fue sometido a un proceso de consulta y participación ciudadana con los funcionarios de la carrera diplomática y consular.

Debido a lo precedente, el 12 de enero de 2018, la Asociación Diplomática y Consular de Colombia presentó un derecho de petición de información ante el Ministerio de Relaciones Exteriores y el DAFP, en el cual solicitó: (i) indicar si existió un estudio técnico que hubiese avalado la fijación del cupo de cincuenta funcionarios de que trata el artículo 31 del Decreto Ley 274 de 2000 y remitir copia de este y (ii) señalar las medidas que se adoptarían respecto de las expectativas legítimas de los funcionarios de carrera en la categoría de ministros plenipotenciarios, que para 2017 habían aprobado examen de ascenso y



cumplían con los demás requisitos para tal efecto, en la medida en que el Decreto 26 de 2018 no estableció un régimen de transición que los cobijara.

La Secretaría General de la Cancillería dio respuesta al derecho de petición mediante escrito del 24 de enero de 2018. En este afirmó que la expedición del Decreto 26 de ese año tuvo fundamento en la potestad reglamentaria consagrada en el artículo 189.11 de la Constitución Política. Asimismo, que en ese momento existían sesenta cargos de embajador en el servicio exterior y, por lo tanto, el cupo fijado en el acto administrativo mencionado representaba el 83% de los cargos, esto es, cuatro veces el límite mínimo del 20% previsto en el párrafo primero del artículo 6.º del Decreto Ley 270 de 2000. Igualmente, que en la definición del cupo se tuvo en cuenta que en ese momento existían 49 funcionarios de carrera inscritos en la categoría de embajador, con lo que se respetaron sus expectativas legítimas y, por ello, se hacía innecesario adoptar medidas de transición.

Acerca de la publicación previa del proyecto de reglamento, la Secretaría General indicó que dicho requisito no se debía cumplir, pues este solo es necesario cuando el legislador lo manda expresamente. En ese sentido, aseguró que ni la Constitución ni el Decreto Ley 274 de 2000 exigen que los proyectos de decreto que regulan el régimen diplomático y consular deben ser sometidos a consideración del público o a algún tipo de consulta popular. No obstante, señaló que el estudio técnico del Decreto 26 de 2018 se encuentra en su memoria justificativa, la cual, según el demandante, no fue remitida a los peticionarios por parte de la Cancillería, a pesar de haber sido una de las solicitudes que hicieron por escrito.

Respecto de la situación de los funcionarios de carrera que se encontraban en la categoría de ministros plenipotenciarios y sus expectativas legítimas de ascenso a la categoría de embajador, en la respuesta a la petición, la Secretaría General sostuvo que ello se encuentra reglado por los numerales 3.º y 4.º del artículo 31 del Decreto Ley 274 de 2000. Por ello, los ministros plenipotenciarios que hubiesen aprobado el examen de ascenso en 2017 para ser promovidos a embajadores quedarían pendientes de que se cumpla la condición de disponibilidad dentro del cupo en esa categoría, según lo prevé la norma legal; esto, sin perjuicio de que quedaron exceptuados del término de permanencia en el escalafón, de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo del artículo 34 *ibidem*.

Frente a lo anterior, el demandante aseveró que el único cupo que quedó para ascender a la categoría de embajador en el 2018 fue provisto con una funcionaria que tenía los requisitos cumplidos desde el 2017, lo que para él demuestra que en el 2018 se congelaron todos los ascensos. Adicionalmente, expuso que desde la expedición del Decreto Ley 274 de 2000, hasta la emisión del Decreto 26 de 2018, no fue emitida ninguna norma legal que hubiera determinado el cupo establecido en el artículo 31 de la primera norma enunciada, y también señaló



que en el momento de presentación de la demanda de nulidad existían siete funcionarios de carrera diplomática y consular en la categoría de ministros plenipotenciarios que habían aprobado el examen de ascenso en el 2017 y que, para ser promovidos en 2018, solo les restaba cumplir con el tiempo de permanencia.

3. Normas violadas y concepto de violación

Se alega la violación de las siguientes normas:

- Constitución Política: artículos 29, 53, 83, 121, 125, 189 numeral 9.º y 243.
- CPACA: artículo 8.º numeral 8.º.
- Decreto 270 de 2017: artículo 2.1.2.1.14 (que en realidad corresponde al artículo 1.º del Decreto 270 de 2017, que sustituyó el contenido del artículo 2.1.2.1.14 del Decreto 1081 de 2015, Único Reglamentario de la Presidencia de la República).
- Sentencia C-292 de 2001 de la Corte Constitucional.

Como concepto de violación, en la demanda se expresaron argumentos sobre la configuración de las siguientes causales de nulidad:

3.1. Expedición irregular

Porque el Gobierno, a través del Ministerio de Relaciones Exteriores, no cumplió con el trámite previo de publicidad exigido para la emisión del acto acusado, de acuerdo con lo previsto en el numeral 8.º del artículo 8.º del CPACA y el artículo 1.º del Decreto 270 de 2017 que reglamentó ese precepto legal. En esa ilación, resaltó que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado aclaró que «el deber de publicidad contenido en el numeral 8.º del artículo 8.º [del CPACA] es exigible a las autoridades administrativas que pueden expedir actos administrativos de contenido general y abstracto, y por consiguiente, no se encuentra limitado o restringido únicamente a aquellas autoridades que tienen la posibilidad de expedir normas de carácter técnico o de regulación económica-social»⁴.

3.2. Falta de competencia y violación de los límites al ejercicio de la potestad reglamentaria

Toda vez que el Gobierno Nacional, al establecer en el decreto demandado el cupo de embajadores de que trata el artículo 31 del Decreto Ley 274 de 2000, adicionó dicha norma de rango legal cuando ya se habían terminado las

⁴ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 14 de septiembre de 2016, rad. 11001-03-06-000-2016-00066-00. También: Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 27 de octubre de 2016, rad. 11001-03-28-000-2014-00130-00.



facultades extraordinarias que le otorgó el Congreso mediante la Ley 573 de 2000 para regular la carrera diplomática y consular. En ese sentido, en la sentencia C-610 de 1996 la Corte Constitucional señaló que «[c]uando en la ley de facultades se habilita al Presidente de la República para regular diferentes materias, es posible la expedición de un número plural de decretos con fuerza de ley que las desarrollan; pero ejercidas las facultades con respecto a la reglamentación de una determinada materia, ellas se agotan y, por consiguiente, se extingue la competencia y no es posible volver a expedir una nueva regulación sobre la misma».

Así, con la expedición del Decreto 26 de 2018 el Gobierno reglamentó un asunto que está sometido a reserva de ley sin tener competencia para ello, toda vez que el artículo 125 de la Constitución consagra que «[e]l 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».

3.3. Violación de las normas en que debía fundarse

3.3.1. Por haber reproducido parcialmente una norma inexecutable

Por cuanto el Gobierno Nacional desconoció el artículo 243 de la Constitución, ya que el Decreto 26 de 2018 reprodujo parcialmente, y en lo sustancial, el numeral 2.º del artículo 31 del Decreto Ley 274 de 2000, el cual preveía que «[e]l cupo para la categoría de Embajador será de 25 funcionarios»; disposición que fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-292 de 2001, al considerar que ese era un cupo muy limitado que no guardaba correspondencia con el porcentaje mínimo de funcionarios de carrera que deben ocupar los cargos de embajador y cónsul en el servicio exterior, y además que la limitación del cupo impide el efectivo reconocimiento del derecho a ascender.

3.3.2. Por violar la confianza legítima de los funcionarios de la carrera diplomática y consular

Porque con el decreto acusado, que fue proferido sin garantizar la participación de los sujetos afectados en su configuración, se infringieron los artículos 29, 53 y 83 de la Constitución Política, que consagraron los derechos al debido proceso y al trabajo, además del principio de buena fe, expresado como la confianza legítima de los funcionarios de la carrera diplomática y consular que tenían la expectativa de ascender a la categoría de embajador en el 2018, quienes no tuvieron dicha oportunidad por causa de lo que, en la práctica, fue la congelación de los ascensos en ese año. Así, esto resultó ser una situación sin precedentes normativos de carácter reglamentario, porque el asunto está reservado a la ley.



4. Falsa motivación

En atención a que en el acto administrativo demandado, el Gobierno tergiversó las consideraciones que expuso la Corte Constitucional en la sentencia C-292 de 2001 sobre el cupo de embajadores en la carrera diplomática y consular, toda vez que, lo que dicha Corporación señaló, fue que el 20% de funcionarios de carrera que deben ocupar cargos de embajador consagrado en el Decreto Ley 274 de 2000 es un límite mínimo y además que ha de garantizarse la existencia de cupos suficientes para que el personal de carrera pueda ascender. Lo anterior fue desconocido y sacado de contexto en la motivación del Decreto 26 de 2018, en la que tampoco se aprecian razones que avalen la medida adoptada, que en últimas lo que hizo fue imponer un límite máximo respecto de los funcionarios de carrera que podían ocupar el cargo de embajador.

En ese orden de ideas, la Cancillería confunde los conceptos de categoría y cargo de embajador, y de esa manera no es cierta su afirmación de que el cupo de cincuenta funcionarios previsto en la norma acusada representa el 83% del total de cargos de embajador, que son sesenta en total, y que por lo tanto supera cuatro veces el mínimo del 20% establecido en la norma, pues esto implica que el mínimo se convierte en máximo, en contradicción con los lineamientos de la Corte Constitucional.

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

1. Ministerio de Relaciones Exteriores⁵

El Ministerio de Relaciones Exteriores, a través de apoderado, se opuso a la pretensión de la demanda. En ese sentido, expuso los siguientes argumentos:

1.1. Pronunciamiento sobre los hechos de la demanda

El abogado del Ministerio sostuvo que las transcripciones de normas y de sentencias que hizo la parte demandante se encuentran fuera de contexto. Igualmente, que lo afirmado acerca del desconocimiento del equilibrio entre la carrera y la facultad de libre nombramiento y remoción del presidente frente a los cargos de embajador carece de fundamento, toda vez que, al proferir el Decreto 26 de 2018, esa entidad tuvo en cuenta las consideraciones de la sentencia C-292 de 2001 de la Corte Constitucional.

Del mismo modo, indicó que lo relativo a la afirmación sobre la existencia de 810 cargos de carrera diplomática y consular que estaban siendo ocupados en un

⁵ Folios 49-61 del cuaderno físico principal del proceso, los cuales también pueden ser consultados en el índice 37 del expediente digital, archivo denominado: «27_ED_CuadernoPrincipalFolio1a l106.pdf(.pdf) NroActua 3».



55% por funcionarios provisionales y en un 45% por empleados de carrera, corresponde a una apreciación subjetiva del demandante y no constituye el objeto de este proceso. No obstante, precisó que ello estaba justificado en la potestad discrecional del Ministerio y en el insuficiente número de funcionarios de carrera disponibles para ocupar la totalidad de cargos en la planta de personal de esa entidad. Lo anterior, a pesar de que cada año se realiza un concurso de méritos para ingresar y ascender en la carrera, lo cual puede ser corroborado en el siguiente enlace: <http://www.cancilleria.gov.co/footer/academy/contest-entry>.

Por otro lado, el apoderado aseguró que, contrario a lo sostenido por el demandante, el Ministerio de Relaciones Exteriores sí publicó en su página web el proyecto de decreto que posteriormente se convirtió en la norma acusada en este medio de control, junto con su memoria justificativa, lo cual puede también ser verificado en la siguiente dirección: [http://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/FOTOS2018/decreto talento humano enero 2018.pdf](http://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/FOTOS2018/decreto_talento_humano_enero_2018.pdf). Asimismo, llamó la atención sobre el hecho de que el señor Mario Andrés Sandoval Rojas no fue quien presentó la petición a la entidad para recibir información sobre la expedición del Decreto 26 de 2018 y, por ello, no le podía constar lo relativo a la entrega de la memoria justificativa a los peticionarios. En todo caso, el abogado señaló que este documento fue aportado en la contestación de la solicitud de medida cautelar.

Finalmente, aseveró que no son ciertas las afirmaciones del demandante sobre la violación del derecho a ascender de quienes se encontraban en la categoría de ministros plenipotenciarios en el año 2017 y que tenían la expectativa de ser promovidos a embajadores en el 2018, en la medida en que, en el momento de la emisión del Decreto 26 de ese año, habían cuarenta y nueve funcionarios pertenecientes a la carrera diplomática y consular que estaban escalafonados en la categoría de embajador, y con la fijación del cupo en cincuenta, se redundó en garantías para estas personas, toda vez que el número total de cargos de embajador en el servicio exterior en esa época era de sesenta, por lo que el cupo definido en la norma demandada equivale al 83% del total de cargos para esa categoría.

1.2. Excepciones de mérito

1.2.1. La expedición del Decreto 26 de 2018 fue regular, con la debida observancia del principio de publicidad

De acuerdo con el apoderado del Ministerio, las normas citadas por el demandante como fundamento de la configuración del vicio de expedición irregular, a saber: numeral 8.º del artículo 8.º del CPACA y artículo 1.º del Decreto 270 de 2017, no son aplicables en este caso, porque el Decreto 26 de 2018, antes de su emisión, no era un proyecto específico de regulación, pues estos, según el



concepto del 14 de septiembre de 2016 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado⁶, son normas que pretenden regular actividades de un determinado sector económico para garantizar el derecho a la competencia, lo que no comprende el tema del cupo de funcionarios que pueden estar escalafonados en la categoría de embajador en la carrera diplomática y consular.

Igualmente, sostuvo que el requisito de consulta y publicidad de los proyectos de norma solo debe cumplirse cuando lo exige expresamente la ley. Así, dado que ni la Constitución ni el Decreto Ley 274 de 2000 exigen que los proyectos de decreto que reglamenten el régimen diplomático y consular deben observarlo, el acto administrativo demandado no ha de ser invalidado. No obstante, precisó que el Ministerio de Relaciones Exteriores redundó en garantías de publicidad y participación ciudadana, y publicó el proyecto de decreto, tal y como se indicó en el acápite precedente. Además, que solo los vicios de forma que afecten gravemente los principios y la estructura básica institucional consagrada en la Constitución tienen vocación de justificar la nulidad del acto.

1.2.2. El Ministerio de Relaciones Exteriores tenía plena competencia para expedir el Decreto 26 de 2018 y en tal actuación respetó los límites de su potestad reglamentaria

El abogado del Ministerio aseguró que, de conformidad con lo dispuesto en los numerales 2.º y 11 del artículo 189 de la Constitución, sobre las atribuciones del presidente de la República para dirigir las relaciones internacionales, nombrar a los agentes diplomáticos y consulares y ejercer la potestad reglamentaria para la cumplida ejecución de las leyes, esa entidad tenía la facultad y el deber de definir, mediante decreto reglamentario, el cupo de embajadores, entendido como el número de funcionarios que podían estar escalafonados en esa categoría.

De acuerdo con lo anterior, el Decreto 26 de 2018, al haber definido un cupo de cincuenta embajadores para el año 2018, desarrolló los artículos 5.º, 6.º (párrafo) y 31 del Decreto Ley 274 de 2000. Adicionalmente, al representar ese cupo un 83% del total de sesenta cargos que existen para la categoría de embajador, se dieron todas las garantías a los funcionarios de la carrera diplomática y consular, aun cuando el cargo en comento es de libre nombramiento y remoción por parte del presidente y para ocuparlo no es necesario pertenecer a la carrera.

De conformidad con lo precedente, aseveró que al Gobierno es a quien le corresponde definir el número de funcionarios que pueden estar escalafonados en la categoría de embajador y, en ese orden de ideas, el Decreto 26 de 2018 no invadió un asunto reservado al legislador, y tampoco desconoció el límite mínimo

⁶ «[...] Rad. 2291 [...] C.P. Edgar González López».



del 20% de la totalidad de los cargos de embajador en los términos expuestos por la Corte Constitucional en la sentencia C-292 de 2001.

1.2.3. El Decreto 26 de 2018 no reproduce una norma declarada inexecutable

El abogado del Ministerio sostuvo que la declaración de inexecutable del numeral 2.º del artículo 31 del Decreto Ley 274 de 2000 en la sentencia C-292 de 2001, se fundamentó en el planteamiento de que el cupo previsto en esa disposición, de veinticinco funcionarios de carrera diplomática y consular que podían estar escalafonados en la categoría de embajador, era limitado en relación con el mínimo del 20% de funcionarios de carrera que deben ocupar los cargos de embajador. En ese sentido, aseguró que la Corte nunca afirmó, como adujo el demandante, que la limitación del cupo impide el efectivo reconocimiento del derecho a ascender.

De esa manera, reiteró que, de conformidad con el decreto demandado, el 83% de los cargos de embajador debían proveerse con personal escalafonado en la carrera diplomática y consular, quedando para el 2018 un margen mínimo del 17% para que el presidente de la República designara a estos agentes del Estado colombiano en el exterior. Así, aseguró que, en la hipótesis defendida por el demandante, la cual consiste en que en la anualidad en comento debieron ascender automáticamente siete funcionarios de carrera a embajadores, la potestad discrecional del presidente para nombrar a estos servidores se hubiera visto disminuida hasta solo un 5% de los cargos, lo que, llevado hasta sus últimas consecuencias, también podría implicar que el 100% de los embajadores sean de carrera, eliminando las facultades del primer mandatario en esta materia.

1.2.4. Inexistencia de falsa motivación

El apoderado del Ministerio de Relaciones Exteriores afirmó que el Decreto 26 de 2018 no adolece de falsa motivación y respecto de ello reiteró argumentos expuestos sobre la facultad discrecional del presidente para nombrar a sus agentes en el exterior y transcribió algunos apartes de las sentencias C-129 de 1994 y C-292 de 2001 que confirman dicha postura. En esa ilación, expuso que la norma acusada garantizó el equilibrio entre la carrera administrativa y la facultad de libre nombramiento y remoción del presidente frente a los embajadores.



1.2.5. Ausencia de violación de los derechos y expectativas legítimas de los funcionarios de la carrera diplomática y consular

Finalmente, el abogado señaló que, tal y como lo ha sostenido la Corte Constitucional en las sentencias antes referidas, no existe un derecho a ascender a embajador y este ascenso no opera de plano, pues esto eliminaría la facultad de libre nombramiento y remoción del presidente de la República frente a esta clase de funcionarios. Por ello, no se vulneraron los derechos de los servidores de la carrera diplomática y consular que cumplieron con los requisitos para ascender al cargo de embajador en el 2018.

2. DAFP⁷

El DAFP, a través de apoderada, se opuso a la pretensión de la demanda. En ese sentido, reiteró los argumentos de la contestación del Ministerio de Relaciones Exteriores y adicionó algunas consideraciones generales frente a la configuración del vicio de falsa motivación y la presunción de legalidad de los actos administrativos.

IV. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS EXCEPCIONES⁸

El demandante se pronunció frente a las excepciones propuestas por el Ministerio de Relaciones Exteriores, manifestando que ratificaba lo expuesto frente a la violación del principio de publicidad de los actos administrativos y que el Decreto 270 de 2017 sí era aplicable en la expedición del Decreto 26 de 2018.

Por otro lado, precisó que, en lo relativo al cumplimiento de la sentencia C-292 de 2001 de la Corte Constitucional, de lo que se trata es de permitir que las personas inscritas en la carrera diplomática y consular puedan acceder al rango o categoría de embajador, así ocupen un cargo diferente al que tiene la misma denominación.

V. DETERMINACIÓN ACERCA DE LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS SOBRE SENTENCIA ANTICIPADA Y FIJACIÓN DEL LITIGIO

Mediante auto del 8 de febrero de 2021⁹, el consejero ponente de este proceso determinó darle aplicación a lo previsto en el literal d. del numeral 1.º del artículo 182A del CPACA, adicionado a esa codificación por el artículo 42 de la Ley 2080

⁷ El DAFP fue vinculado a este proceso mediante auto del 9 de octubre de 2019: ver folios 74-75 del cuaderno físico principal. La contestación de la demanda se encuentra en los folios 92-105 *ibidem*, todos los cuales también pueden ser consultados en su versión escaneada en el índice 37 del expediente digital, archivo denominado: «27_ED_CuadernoPrincipalFolio1a1106.pdf(.pdf) NroActua 3».

⁸ Folio 63 *ibidem*.

⁹ Índice 38 del expediente digital.



de 2021, que dispone que, en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, el juez puede emitir sentencia anticipada antes de que se celebre la audiencia inicial del proceso cuando no haga falta practicar pruebas.

En ese orden de ideas, en observancia de la referida disposición, se fijó el litigio con los siguientes problemas jurídicos provisionales:

- (i) ¿El acto administrativo demandado está viciado por la falta de competencia del Gobierno Nacional, al haber reglamentado un asunto cobijado por reserva legal?
- (ii) ¿El Decreto 26 de 2018 fue expedido irregularmente por la pretermisión del trámite de publicidad previa al que este se debió sujetar?
- (iii) ¿El acto administrativo demandado fue falsamente motivado respecto de las consideraciones de la Corte Constitucional en la sentencia C-292 de 2001 sobre el cupo de embajadores en la carrera diplomática y consular?
- (iv) ¿El Decreto 26 de 2018 está incurso en la violación de las normas en que debía fundarse por el desconocimiento del artículo 243 de la Constitución, ya que reprodujo el numeral 2.º del artículo 31 del Decreto Ley 274 de 2000, que fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-292 de 2001?
- (v) ¿El decreto demandado transgredió el ordenamiento superior al infringir los artículos 29, 53 y 83 de la Constitución Política, que consagraron los derechos al debido proceso y al trabajo, además del principio de buena fe, expresado como la confianza legítima de los funcionarios de la carrera diplomática y consular que tenían la expectativa de ascender a la categoría de embajador?

Sobre lo anterior, las partes y el Ministerio Público no interpusieron recursos.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1. DAFP¹⁰

La apoderada del DAFP reiteró los argumentos de la contestación de la demanda.

¹⁰ Índice 43 *ibidem*.



2. Ministerio de Relaciones Exteriores¹¹

El abogado del Ministerio transcribió algunos apartes de una sentencia proferida por esta Subsección el 26 de marzo de 2020¹², en la que se abordó el tema de la potestad reglamentaria y se dijo que para el ejercicio de esta, la administración debe limitarse a desarrollar las disposiciones respecto de las que sea posible predicar una relación de jerarquía, sin que se puedan introducir normas que no se desprendan natural y lógicamente de los preceptos superiores, ni ampliar o restringir su sentido, tampoco suprimirlos, cambiarlos o invadir las materias que se encuentren reservadas a ellos, pues en tales eventos se actuaría sin competencia.

De esa manera, sostuvo que la legalidad del Decreto 26 de 2018 se fundamenta en la facultad que tiene el Gobierno Nacional para reglamentar lo concerniente a la administración del sistema de carrera diplomática y consular y, particularmente, para fijar el número temporal de funcionarios inscritos en la categoría de embajador, según lo prevén los artículos 13 y 31 del Decreto Ley 274 de 2000. Igualmente, que con la norma demandada no se fijaron nuevos requisitos o condiciones distintas a las de la ley para limitar el ascenso a la categoría de embajador, en la medida en que se trata de una materia en la que operan los criterios de administración y discrecionalidad en el manejo de las relaciones internacionales.

Del mismo modo, aseguró que está probado que ni el Decreto Ley 274 de 2000, ni ninguna otra norma de rango legal, han sido modificadas, ampliadas o restringidas en su contenido material o alcance, toda vez que la potestad reglamentaria ejercida en la expedición del decreto acusado tiene carácter legal y es atribuida de manera permanente al Gobierno Nacional a través del Ministerio de Relaciones Exteriores, con la finalidad de que se emitan normas jurídicas generales y abstractas para la debida ejecución de la ley y, en el caso concreto, en lo que tiene que ver con la administración del escalafón del sistema de carrera diplomática y consular. Así, indicó que el Decreto 26 de 2018 tuvo como propósito señalar los detalles administrativos necesarios para la aplicación de la ley, garantizando la igualdad en el ascenso a la categoría de embajador bajo la política pública diseñada en el ámbito de la dirección de las relaciones internacionales del Estado colombiano y la administración del personal encargado de esta función.

Por lo demás, el apoderado manifestó que reiteraba los argumentos presentados en la contestación de la demanda.

¹¹ Índice 45 *ibidem*.

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 26 de marzo de 2020, rad. 11001032500020160115900 (5211-2016).



3. Demandante

No presentó alegatos de conclusión.

VII. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO¹³

El procurador tercero delegado ante el Consejo de Estado emitió concepto en este proceso. En él, pidió que se nieguen las pretensiones de la demanda, lo cual fue sustentado con los siguientes argumentos:

Inicialmente, la Agencia del Ministerio Público precisó que, tal y como se advirtió en el auto del 26 de marzo de 2019, que resolvió la medida cautelar solicitada en este proceso, a pesar de que el Decreto 26 de 2018 perdió su fuerza ejecutoria al haber estado limitada su vigencia a ese año, es procedente el control judicial de su legalidad, toda vez que este pudo haber producido efectos mientras estuvo en vigor.

Luego, después de exponer algunas generalidades sobre la carrera diplomática y consular, señaló que, en lo que tiene que ver con la configuración del vicio de expedición irregular alegado por el demandante, es menester tener en cuenta que no es deber de la administración publicar y poner en consideración de las personas todas sus actuaciones, sino que lo que ha de procurar es que se permita el acceso a la información que estas requieran, siempre y cuando no exista reserva respecto de ella. Como sustento de esta tesis, transcribió algunos apartes de una sentencia emitida el 21 de julio de 2016 por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en la que se dijo que «dicho mandato se impone únicamente respecto de aquellos proyectos que orientan u organizan las relaciones entre la autoridad administrativa y los ciudadanos y no a aquellos actos de carácter general que expide en desarrollo de sus labores misionales»¹⁴.

Por su parte, en lo relativo a la falta de competencia y la ilegalidad del objeto del decreto acusado, el procurador delegado sostuvo que dicha causal de nulidad no tiene vocación de prosperar, porque la expedición de la norma reglamentaria se enfocó exclusivamente en establecer el cupo para el ascenso a la categoría de embajador, dado que la Corte Constitucional, en la sentencia C-292 de 2001, declaró inexecutable el numeral 2.º del artículo 31 del Decreto Ley 274 de 2000. Así, lo que hizo el presidente de la República, en ejercicio de sus facultades constitucionales, fue adicionar el Título 7.º en la Parte 2.º del Libro 2.º del Decreto 1067 de 2015, «sin tratar temas distintos al fondo del asunto». Además, a primera vista, el cupo definido en el Decreto 26 de 2018 no contravino el porcentaje dispuesto en el párrafo 1.º del artículo 6.º del decreto ley antes mencionado,

¹³ Índice 44 *ibidem*.

¹⁴ Rad. 11001-03-28- 000-2015-00030-00 (2015-0030).



sino que se puede inferir razonablemente que cumplió con las consideraciones de la sentencia de constitucionalidad previamente enunciada.

Frente a la alegada reproducción de una norma declarada inexecutable, manifestó que el Decreto 26 de 2018 no calca el numeral 2.º del artículo 31 del Decreto Ley 274 de 2000 y además su objeto es legal, por lo que tampoco hay lugar a declarar la nulidad del acto administrativo acusado por esta causa.

Del mismo modo, el Ministerio Público estimó que no hay lugar a declarar la nulidad del Decreto 26 de 2018 por la supuesta restricción de la posibilidad de ascenso de los funcionarios escalafonados en la categoría de ministro plenipotenciario que habían aprobado el examen de promoción en 2017, en la medida en que el cupo de cincuenta funcionarios que podían estar escalafonados en la categoría de embajador en el 2018 era superior al de veinticinco, que preveía el numeral 2.º del artículo 31 del Decreto Ley 274 de 2000, que fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-292 de 2001. En ese sentido, indicó que es dable entender que el cupo opera sobre la totalidad de los cargos de embajador y no únicamente sobre los que puedan estar vacantes, en cuyo caso, si para el 2018 ya venían ocupándose unos cargos por servidores de carrera, de conformidad con los artículos 35 y siguientes del decreto ley antes referido, los que hubieran cumplido los requisitos de ascenso debían esperar a que operara el mecanismo de alternancia para que se generaran vacantes.

En lo relacionado con la causal de falsa motivación, después de transcribir apartes de una sentencia de la Sección Primera de esta Corporación en la que se abordaron los requisitos para la configuración de esta causal¹⁵, el procurador delegado señaló que el decreto demandado funda su expedición, entre otras razones, en la declaratoria de inexecutable del numeral 2.º del artículo 31 del Decreto Ley 274 de 2000, lo cual es motivo suficiente para proferirlo, en aras de darle vida práctica a esa norma de rango legal que regula el servicio exterior de la República y la carrera diplomática y consular.

Finalmente, concluyó que el decreto acusado no viola las normas que se invocaron en la demanda como transgredidas y, en ese orden de ideas, su expedición corresponde a la discrecionalidad razonable y necesaria que debe tener el presidente de la República para dirigir las relaciones exteriores, lo cual no riñe con el imperativo constitucional de la carrera administrativa, tal y como fue estimado por la Corte Constitucional en la sentencia C-292 de 2001.

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 11 de julio de 2019, rad. 25000-23-24-000-2012-00509-01.



VIII. CONSIDERACIONES

CUESTIÓN PREVIA

Procedencia del juicio de legalidad sobre un acto administrativo que no se encuentra vigente

Como bien lo manifestó el Ministerio Público, y tal y como se dijo en el auto que resolvió la solicitud de medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del acto acusado, el Decreto 26 de 2018 perdió vigencia al finalizar dicha anualidad, en la medida en que así lo previó su artículo 1.º, que adicionó el artículo 2.2.7.1.1 del Decreto 1067 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Relaciones Exteriores, el cual preceptúa lo siguiente:

«Artículo 2.2.7.1.1 Establécese en cincuenta (50) el cupo de funcionarios de la Carrera Diplomática y Consular de la República que pueden estar escalafonados en la categoría de Embajador de que trata el Artículo 31 del Decreto Ley 274 de 2000, **para el año 2018**». (Negrita fuera de texto).

No obstante, ello no es óbice para que la Sala emita un pronunciamiento respecto de su legalidad, pues la jurisprudencia de esta Corporación ha aceptado que el desaparecimiento de las normas del ordenamiento jurídico como consecuencia de su derogatoria expresa o tácita, que son fenómenos análogos a la pérdida de vigencia temporal pues sus consecuencias se proyectan hacia el futuro, no impide que sean objeto de control jurisdiccional, en la medida en que, como pudieron haber producido efectos, es necesario determinar si durante el período de su vigencia estuvieron ajustadas a derecho.

Sobre este punto es necesario precisar que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en providencia del 14 de enero de 1991, fijó el criterio jurisprudencial según el cual es posible el control jurisdiccional de los actos administrativos derogados o que perdieron su ejecutoriedad así¹⁶:

«[L]a derogatoria de una norma no restablece *per se* el orden jurídico supuestamente vulnerado, sino apenas acaba con la vigencia de la norma en cuestión. Porque resulta que un acto administrativo, aún si ha sido derogado, sigue amparado por el principio de legalidad que le protege, y que solo se pierde ante pronunciamiento anulatorio del juez competente; de donde se desprende que lo que efectivamente restablece el orden vulnerado no es la derogatoria del acto, sino la decisión del juez que lo anula, o lo declara ajustado a derecho [...]».

¹⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 14 de enero de 1991, rad. S-157.



Más recientemente, en sentencia del 7 diciembre de 2016, la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado reiteró esta posición en los siguientes términos¹⁷:

«[L]a Corporación ha sostenido mayoritariamente, que la circunstancia de que el acto administrativo demandado haya sido derogado o hubiere operado la figura del decaimiento, no impide el juicio de legalidad del mismo, en tanto éste debe realizarse según las circunstancias vigentes al momento de su expedición y habida consideración de que tanto la derogatoria como el decaimiento sólo opera hacia el futuro y no afecta su validez. Además, pueda que sus disposiciones se encuentren produciendo efectos, aun después de su derogatoria o decaimiento, haciéndose viable el estudio de su legalidad.

Entonces, pese a ocurrir la derogatoria o el decaimiento del acto administrativo enjuiciado, hay lugar a estudiar de fondo el asunto, puesto que: i) pueda que el acto administrativo haya producido efectos y que los mismos aún estén surtiéndose; y ii) la ocurrencia del decaimiento no afecta la presunción de legalidad del acto y su control debe hacerse frente a las circunstancias de hecho y de derecho vigentes al momento de su expedición.

Visto desde otra óptica, la presunción de legalidad de la que gozan los actos administrativos tan sólo puede ser desvirtuada por el juez competente, por lo que, la derogatoria, el decaimiento o pérdida de ejecutoriedad no conlleva implícito el juicio de validez de los mismos [...]».

En tales condiciones, la pérdida de vigencia del decreto demandado no impide que la Sala efectúe el juicio de legalidad sobre él.

PROBLEMAS JURÍDICOS

La Subsección considera que los problemas jurídicos a resolver en esta sentencia deben ser los mismos que se anunciaron en el auto que fijó el litigio. Así, estos se desarrollan a continuación:

1. Primer problema jurídico

¿El acto administrativo demandado está viciado por la falta de competencia del Gobierno Nacional, al haber reglamentado un asunto cobijado por reserva legal?

Tesis de la Sala: El acto administrativo demandado sí está viciado por la falta de competencia del Gobierno Nacional, al haber reglamentado, sin contar con habilitación legal, previa y suficiente, un aspecto sustancial de los requisitos para ascender en la carrera diplomática y consular, lo cual, según el inciso tercero del artículo 125 de la Constitución, es un tema reservado a la regulación del legislador.

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda (Sala Plena), sentencia del 7 de diciembre de 2016, rad. 11001032500020120057100 (2139-2012).



Para resolver este problema jurídico se abordarán los siguientes temas: (1.1) La competencia como presupuesto de validez de los actos administrativos. (1.2) Alcances de la potestad reglamentaria del presidente de la República consagrada en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución para la cumplida ejecución de las leyes. (1.3) El principio de la reserva de ley; (1.3.1) la reserva de ley como pauta de delimitación de competencias entre el legislador y la administración pública; (1.3.2) criterios para identificar los temas cobijados por la reserva de ley. (1.4) La reserva de ley en materia de ascenso en la carrera diplomática y consular; (1.4.1) aproximación a la carrera diplomática y consular; (1.4.2) consagración en el artículo 125 de la Constitución de la reserva legal respecto de los requisitos y condiciones ascenso en los sistemas de carrera, incluida la carrera diplomática y consular. (1.5) Caso concreto.

1.1. La competencia como presupuesto de validez de los actos administrativos

Para que un acto administrativo sea válido se requiere, entre otras condiciones, que al sujeto de quien emana le haya sido atribuida, vía constitucional, legal o reglamentaria, la facultad de tomar dicha decisión. Esto es lo que en la teoría del acto administrativo se conoce como competencia o elemento subjetivo del acto, que se refiere tanto a la institución, entidad u órgano, como al individuo que lo profiere¹⁸.

Así pues, la competencia administrativa se determina a partir de la identificación de funciones, deberes, responsabilidades, obligaciones y facultades que le ha asignado el ordenamiento jurídico a los servidores públicos y a los particulares que ejercen funciones públicas, pues no de otra forma se puede delimitar el campo de acción dentro del cual le es dado desenvolverse a una autoridad administrativa.

A efectos de garantizar derechos fundamentales como el debido proceso y la seguridad jurídica, las normas que fijan competencias deben ser expresas, claras y anteriores a la expedición del acto administrativo de que se trate, lo que demuestra la íntima conexión que tiene el concepto objeto de estudio con el principio de legalidad; además, el fundamento constitucional de ambas figuras

¹⁸ «Respecto del elemento subjetivo la jurisprudencia del Consejo de Estado ha expresado que el requisito de la competencia del órgano o funcionario como elemento del acto significa que éste debe emanar de un órgano estatal en ejercicio de la función administrativa y dentro de los límites de su competencia (auto de marzo 9 de 1971, Anales de 1971, Tomo 80, página 367). Es, en otros términos, lo que establece nuestra Constitución cuando dispone que no habrá ningún empleo público que no tenga las funciones señaladas por ley o reglamento [Cfr. artículo 122 de la Constitución de 1991]»: Miguel Largacha Martínez y Daniel Posse Velásquez, *Causales de anulación de los actos administrativos*, Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 1988, pp. 19-20.



reside en los artículos 2.^o¹⁹, 6.^o²⁰, 121²¹, 122²² 123²³ y 209²⁴ Superiores. Así, la competencia implica que quienes ejercen función pública solo pueden hacer lo que el ordenamiento jurídico les permite, al contrario de los particulares, que pueden hacer todo lo que no les está jurídicamente prohibido²⁵. En este punto, conviene anotar que las normas que deben considerarse a efectos de estudiar la competencia, como presupuesto de validez de los actos administrativos, son aquellas vigentes en el momento de hacer uso de la respectiva facultad de producción normativa²⁶.

Como se puede observar, la falta de competencia es un vicio externo al acto administrativo, debido a que no se afina en su contenido o finalidad, sino en el sujeto que lo expide. Ahora, es importante tener en consideración que la asignación de competencias a la administración pública atiende a diferentes

¹⁹ CP, art. 2: «Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares».

²⁰ CP, art. 6: «Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o exlimitación en el ejercicio de sus funciones».

²¹ CP, art. 121: «Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley».

²² CP, art. 122: «No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente».

²³ CP, art. 123: «Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento [...]».

²⁴ CP, art. 209: «La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley».

²⁵ Cfr. Luis Enrique Berrocal Guerrero, *Manual del acto administrativo*, 7.^a ed., Bogotá: Librería Ediciones del Profesional, 2016, p. 120.

²⁶ Al respecto, la Corte Constitucional, en sentencia C-014 del 21 de enero de 1993 precisó que «[...] la valoración del ejercicio de una competencia, esto es, la definición acerca de si un órgano estatal obró o no de conformidad con las reglas que la fijan, debe hacerse necesariamente mediante el cotejo con los preceptos vigentes al tiempo en que se efectivizó, dado que por constituir éstos su fuente de validez son los que determinan la regularidad de su ejercicio. [...]».



factores que pueden identificarse como el funcional o jerárquico²⁷, el material²⁸, el territorial²⁹ y en algunos casos el temporal³⁰.

En ese orden de ideas, dado que la competencia permite que las decisiones de la administración se encuentren revestidas de legalidad, el acto administrativo estará viciado de nulidad en aquellos casos en los que se profiere por un sujeto que carece de capacidad para actuar, esto es, sin una competencia atribuida por el ordenamiento jurídico. Por ello, el artículo 137 del CPACA consagra la falta de este elemento como uno de los vicios invalidantes de los actos administrativos, el cual, según la jurisprudencia de esta Corporación, es uno de los más graves³¹ y, por lo tanto, no puede ser saneado³².

1.2. Alcances de la potestad reglamentaria del presidente de la República consagrada en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución para la cumplida ejecución de las leyes

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

²⁷ Se refiere al ejercicio de atribuciones según el grado jerárquico que, dentro de la estructura organizacional de la administración pública, ostenta el servidor público o particular investido de funciones administrativas: Cfr. Luis Enrique Berrocal Guerrero, *op. cit.*, p. 127.

²⁸ Supone que el acto administrativo proferido sea el desarrollo de una competencia efectivamente asignada a la autoridad que lo expidió. «Es el *qué* de la competencia»: *ibidem*, p. 125.

²⁹ Parte de reconocer que debe haber una división del territorio que permita delimitar el espacio geográfico en el que la autoridad administrativa se encuentra habilitada para el desempeño de sus funciones: Cfr. *ibidem*, pp. 124-125.

³⁰ Es un parámetro que aplica en determinados casos en los que el ordenamiento jurídico impone un límite de tiempo para que la administración pueda ejercer su poder decisorio: Cfr. *ibidem*, pp. 125-127.

³¹ Esto, según lo señaló la Subsección B de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo: «La Sala recuerda que la **incompetencia** del órgano administrativo, con ocasión de la usurpación de las atribuciones que corresponden a otra autoridad, **es sin duda una de las formas de ilegalidad más grave** que puede ostentar un acto administrativo. Esta circunstancia entraña la infracción manifiesta de uno de los principios medulares de todo estado de derecho: el de legalidad» (Negrita propia del texto): Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 25 de mayo de 2011, rad. 25000-23-26-000-2000-00580-02(23650)..

³² De acuerdo con lo dicho por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo: «[F]rente a vicios o defectos como la inconstitucionalidad, la ilicitud no saneable o absoluta, la desviación de poder y la falta de competencia no es posible convalidar o remediar el acto viciado o defectuoso»: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 15 de junio de 2004, rad. 11001-03-15-000-1998-0782-01(S-782).



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

De esta forma, se ha entendido que la Constitución y las normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad³³ ocupan el nivel más alto en la escala jerárquica del ordenamiento jurídico, seguidas en orden por las leyes que debe expedir el Congreso con sujeción a aquellas y por los actos administrativos de carácter general o reglamentos, los que, de acuerdo con la categoría en la que puedan clasificarse, deberán obedecer a la Constitución y a la ley o, en algunos casos, solo a la primera³⁴.

Dicha estratificación normativa se convierte en un criterio de validez que ha sido explicado por la Corte Constitucional en los siguientes términos³⁵:

«La unidad del sistema jurídico, y su coherencia y armonía, dependen de la característica de ordenamiento de tipo jerárquico de que se reviste. La jerarquía de las normas hace que aquellas de rango superior, con la Carta Fundamental a la cabeza, sean la fuente de validez de las que les siguen en dicha escala jerárquica. Las de inferior categoría, deben resultar acordes con las superiores, y desarrollarlas en sus posibles aplicaciones de grado más particular. En esto consiste la connotación de sistema de que se reviste el ordenamiento, que garantiza su coherencia interna. La finalidad de esta armonía explícitamente buscada, no es otra que la de establecer un orden que permita regular conforme a un mismo sistema axiológico, las distintas situaciones de hecho llamadas a ser normadas por el ordenamiento jurídico [...]».

³³ El bloque de constitucionalidad tiene dos acepciones: una estricta (*strictu sensu*) y otra amplia (*lato sensu*). La primera, la conforman «aquellos principios y normas de valor constitucional, los que se reducen al texto de la Constitución propiamente dicha y a los tratados internacionales que consagren derechos humanos cuya limitación se encuentre prohibida durante los estados de excepción» (Corte Constitucional, sentencia C-067 de 2003). La segunda, se compone de «las disposiciones que tienen un rango normativo superior a las leyes ordinarias, aunque a veces no tengan rango constitucional, como las leyes estatutarias y orgánicas, pero que sirven como referente necesario para la creación legal y para el control constitucional» (Corte Constitucional, sentencia C-458 de 2015).

³⁴ Esto se da en el caso de los llamados «reglamentos constitucionales autónomos», debido a que frente a ellos es la propia Constitución la que directamente atribuye la competencia o potestad reglamentaria y por lo tanto no puede predicarse algún tipo de sujeción a la ley. Por lo precedente se ha sostenido que la relación entre dichos actos administrativos y la ley, en lugar de estar sometida a una jerarquía, se caracteriza por un criterio de distribución de competencias normativas que ha efectuado la propia carta política. Por su parte, en el caso de los decretos que reglamentan una ley marco, se predicará subordinación entre estos y la ley que desarrollan, pero no respecto de las demás leyes, con las cuales existirá una relación horizontal en la escala jerárquica: Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 14 de agosto de 2008, rad. 11001 03 26 000 1999 00012 01 (16230).

³⁵ Corte Constitucional, sentencia C-037 de 2000.



Establecido lo anterior, es posible afirmar que las facultades de producción normativa de la administración tienen límite en el contenido de las normas respecto de las cuales pueda predicarse una superioridad jerárquica, asunto que se definirá atendiendo a la tipología del reglamento. **Así, en lo que concierne a este caso, tratándose de los reglamentos expedidos por el presidente de la República en ejercicio de la potestad que le atribuye el numeral 11 del artículo 189 Superior³⁶**, estos se encuentran subordinados a la Constitución y a la ley, y dicho poder normativo implica la existencia de una cláusula general de competencia reglamentaria de la ley en cabeza del jefe del Ejecutivo, que este puede ejercer sobre todas las leyes, salvo previsión expresa en contrario³⁷.

En este sentido, es menester tener presente que el propósito de esta potestad reglamentaria del presidente consiste en procurar la ejecución de la legislación cuando para tales efectos se requiera, por ejemplo, precisar definiciones o aclarar etapas del procedimiento previsto en aquella. Así, la extensión de esta competencia es inversamente proporcional a la extensión de la Constitución y la ley, es decir, cuanto mayor sea el campo disciplinado por estas normas de superior jerarquía, menor será el que corresponde al reglamento³⁸.

De esta manera, la potestad reglamentaria en comento no apareja la modificación, limitación o ampliación de los contenidos legislativos, como tampoco el modo de encuadrar las distintas situaciones jurídicas en los supuestos que contiene, y mucho menos la reglamentación de asuntos que estén reservados al legislador³⁹ y que, por lo tanto, no son de su competencia, tema que, para mayor claridad, será abordado a continuación.

1.3. El principio de la reserva de ley

1.3.1. La reserva de ley como pauta de delimitación de competencias entre el legislador y la administración pública

Inicialmente, es preciso señalar que el trasfondo histórico de este principio reside en el derecho constitucional alemán o prusiano de la segunda mitad del siglo

³⁶ CP, art. 189, n.º 11: «Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa: [...]

11. Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes. [...]».

³⁷ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 10 de octubre de 2019, rad. 11001-03-25-000-2012-00582-00 (2171-12 y 1501-15).

³⁸ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 3 de diciembre de 2007, rad. 11001-03-26-000-2003-00014-01 (24715); también: Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 6 de julio de 2017, rad. 11001-03-24-000-2008-00390-00 (0585-09)

³⁹ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda (Sala Plena), sentencia del 21 de octubre de 2010, rad. 11001-03-25-000-2005-00125-00(5242-05); y Corte Constitucional, sentencia C-1005 de 2008.



XIX, en el marco de la monarquía constitucional que imperaba en esa época en dicho país⁴⁰. Con este, se buscó limitar el poder del monarca frente a algunas materias relacionadas con, entre otros temas fundamentales, las condiciones para el ejercicio de cargos públicos⁴¹, la libertad personal⁴² y la propiedad⁴³, que solo podían ser regulados mediante leyes proferidas de común acuerdo por el rey y las cámaras⁴⁴.

Lo anterior hizo que, en sistemas normativos como el colombiano, de marcada influencia europea continental, se previeran constitucionalmente reservas de ley⁴⁵, que dan cuenta de un condicionamiento con ocasión del cual la configuración de ciertos temas solo puede realizarse mediante la expedición de: (i) una ley en sentido formal, es decir, aquella que surge del Congreso de la República como legislador ordinario o (ii) una ley en sentido material, que son aquellas normas que, sin haber surgido en el seno del Congreso, tienen rango de ley al expedirse por el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confirió el órgano legislativo (decretos leyes)⁴⁶, o con

⁴⁰ Cfr. Héctor Santaella Quintero, «Del principio de legalidad al principio de juridicidad: implicaciones para la potestad normativa de la administración de una transición constitucionalmente impuesta», en: *La constitucionalización del derecho administrativo: XV Jornadas Internacionales de derecho administrativo*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 112; también: Jorge Iván Rincón Córdoba, *Derecho administrativo laboral*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009, p. 261, nota en pie de página 52.

⁴¹ Constitución del Estado Prusiano de 31 de enero de 1850, artículo 4.º: «Todos los prusianos son iguales ante la ley. No existen privilegios de posición social, siendo admisibles para el desempeño de los cargos públicos, **todos los que reúnan las condiciones determinadas por las leyes**». (Negrita fuera de texto). Consultada en: <http://www.ub.edu/ciudadania/hipertexto/evolucion/textos/ca1850.htm> el 19 de agosto de 2021.

⁴² *Ibidem*, art 5.º: «La libertad personal está garantizada. **Las leyes determinarán las condiciones y formas bajo las cuales puede tener lugar la detención, y especialmente la prisión preventiva**». (Negrita fuera de texto).

⁴³ *Ibidem*, art 9.º: «La propiedad es inviolable. Nadie podrá ser despojado de su propiedad sino por causa de utilidad pública y previa la correspondiente indemnización **con arreglo a las leyes**». (Negrita fuera de texto).

⁴⁴ *Ibidem*, art 62: «El poder legislativo reside en el Rey con las dos Cámaras, cuyo acuerdo es necesario para la promulgación de una ley.

Las leyes sobre presupuestos, serán presentadas primero a la segunda Cámara, y aprobadas o rechazadas por completo y sin enmiendas en la primera».

⁴⁵ La Norma Superior ha dispuesto la existencia de reserva de ley en materia de derechos fundamentales (art. 152, lit. a), administración de justicia (art. 152, lit. b), servicios públicos (art. 150, n.º 23), organización de la administración pública (art. 150, n.º 7), impuestos (art. 150, n.º 10), entre otros.

⁴⁶ Cfr. Luciano Parejo Alfonso, *Lecciones de derecho administrativo*, 1.ª ed. para Colombia, Bogotá: Tirant lo Blanch y Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 96. En el ordenamiento jurídico colombiano este último supuesto encuentra una limitación importante en el texto del numeral 10 del artículo 150 Superior, el cual identifica los siguientes asuntos que, por ser de competencia exclusiva del legislador ordinario, no pueden ser regulados a través de la concesión de facultades extraordinarias, a saber:

- a. La expedición de códigos.
- b. La expedición de leyes estatutarias.
- c. La expedición de leyes orgánicas.
- d. El decreto de impuestos.
- e. La expedición de leyes marco a las que hace referencia el numeral 19 del artículo 150 superior, esto es, normas generales en las que se prevén los objetivos y criterios a los que debe someterse el Gobierno con el fin de organizar el crédito público; regular el comercio exterior y señalar el régimen de cambio internacional; modificar las disposiciones del régimen de aduanas; regular la



ocasión de la declaración de los estados de excepción previstos en los artículos 212 a 215 de la Constitución (decretos legislativos).

Así, en los casos en los que tiene aplicación la reserva de ley, no se encuentra permitido regular la materia por medio de preceptos de inferior jerarquía o fuerza normativa, como lo son los reglamentos. En esos términos, el principio en cuestión constituye una garantía esencial de los Estados modernos hacia sus asociados, si se tiene en cuenta que los asuntos sujetos a reserva legal involucran temas de gran importancia e interés social y económico que, en tal virtud, deben positivarse como resultado de una amplia deliberación que garantice el principio democrático, lo que le otorga legitimidad a la norma jurídica resultante.

Es importante resaltar que la reserva de ley constituye un límite inquebrantable a la potestad reglamentaria pues, habiéndose reservado un asunto al legislador, no es dable que la administración entre a regular los aspectos centrales de la materia en cuestión. En ese orden, el reglamento no queda completamente excluido de la posibilidad de normar estos temas, porque, una vez que sea expedida la ley, podrán dictarse aquellos que se conocen como reglamentos ejecutivos o *secundum legem* (según la ley)⁴⁷, como los que profiere el presidente de la República en ejercicio de la potestad del numeral 11 del artículo 189 de la Constitución, que gozarán de validez en la medida en que tengan una adecuada cobertura legal. Esto quiere decir que en aquellos casos solo habrá espacio para el reglamento **si previamente existe una habilitación legal suficiente**⁴⁸.

actividad financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con recursos captados del público; fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos; regular el régimen de prestaciones sociales mínimas para los trabajadores oficiales y modificar la estructura de ministerios, departamentos administrativos y demás organismos de la administración nacional.

⁴⁷ «La más importante clasificación de los reglamentos, la única a la que inequívocamente se conectan diferencias de régimen jurídico, es la que distingue entre reglamentos ejecutivos o *secundum legem* y reglamentos independientes o *praeter legem*.

Se llaman reglamentos ejecutivos los que se dictan en ejecución de una ley preexistente, función muy amplia que comprende tanto los reglamentos que detallan, desarrollan o complementan los preceptos legales, cuanto aquellos que preparan la ejecución propiamente dicha disponiendo los instrumentos técnicos necesarios, por ejemplo regulando trámites u organizando un registro o un servicio de inspección (...) La característica básica de los reglamentos ejecutivos es que están inmediatamente ligados a una ley, a sus preceptos concretos, o a un conjunto de leyes determinadas a cuyo desarrollo o ejecución se provee.

Reglamentos independientes son aquellos que se dictan *praeter legem*, es decir sin una ley previa a cuya ejecución se atiende. No son, claro está, reglamentos *contra legem*, prohibidos por el principio de jerarquía normativa, sino reglamentos que no tienen por finalidad la ejecución de normas legales previas en la materia de que se trate, que no aparecen como complementarios de una ley, sino que regulan materias de las cuales no se ha ocupado el legislador o de las que se ha ocupado de manera fragmentaria». Ignacio de Otto, *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, 2.ª ed., Barcelona: Ariel, 1999 (7.ª reimp.), pp. 217-218, citado en: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 14 de agosto de 2008, rad. 11001-03-26-000-1999-00012-01(16230). En idéntico sentido, pueden verse las sentencias de la Corte Constitucional: C-021 de 1993 y C-447 de 1996.

⁴⁸ Se resalta lo dicho al respecto desde la doctrina nacional por Santaella Quintero: «[La reserva de ley] [p]ara el ejecutivo supone una prohibición de actuación con reserva de autorización: en el



En el evento de no haberse previsto una reserva de ley, la respectiva regulación se podrá realizar a través del reglamento, siempre y cuando se tenga la competencia para el efecto y se respete el contenido de disposiciones superiores, de manera que no se trastorne el sistema de fuentes. En ese sentido, la reserva legal es un mecanismo constitucional que permite proteger el reparto de competencias entre el legislador y la administración pública o, si se quiere, entre la ley y el reglamento.

Lo anunciado hasta ahora indica que, en los casos en los que por disposición expresa del constituyente la competencia de regular un determinado asunto es exclusiva del legislador, no es admisible el vaciamiento de las facultades atribuidas a este mediante la expedición de normas que carezcan de rango y fuerza legal. Sobre esto último, se reitera que **esta limitante opera únicamente respecto del contenido sustancial⁴⁹ de lo que es materia de reserva, entendiéndolo que este representa la esencia del tema, sin el cual se desnaturalizaría o se haría impracticable⁵⁰**, lo que implica que, aspectos que resulten accidentales o secundarios, no están sujetos a ella⁵¹. Al respecto, la Corte Constitucional, en la sentencia C-1262 de 2005, indicó lo siguiente:

«[S]i bien el efecto de la reserva de ley es que la regulación de las materias reservadas deben estar contenidas en normas con rango de ley, no lo es menos que para la ejecución de las mismas, en la mayoría de las ocasiones se debe desarrollar un reglamento que haga posible dicha aplicación. Esto lo determina nuestro orden constitucional en el artículo 189.11 Superior, mediante la potestad reglamentaria atribuida al Ejecutivo. Pero, la Corte ha recalcado que la potestad reglamentaria “...no es absoluta pues encuentra su límite y radio de acción en la Constitución y en la ley, es por ello que no puede alterar o modificar el contenido y el espíritu de la ley, ni puede dirigirse a reglamentar leyes que no ejecuta la Administración, así como tampoco puede reglamentar materias cuyo contenido está reservado al legislador. Por lo tanto, si un reglamento rebosa su campo de aplicación y desconoce sus presupuestos de existencia, deberá ser declarado inconstitucional por la autoridad competente (El Consejo de Estado, de acuerdo con el artículo 237-2 de la Constitución)⁵². **En consecuencia, asuntos sustanciales**

ámbito de la materia reservada, el ejecutivo tiene prohibida la intervención, **salvo que cuente con una habilitación previa y suficiente de la ley**. Para el legislativo, por otro lado, representa la carga de regular de fondo los aspectos esenciales de un determinado asunto y una prohibición de delegar en aquel las decisiones relacionadas con la definición de este régimen [...]». (Negrita fuera de texto): Héctor Santaella Quintero, *op. cit.*, p. 113.

⁴⁹ De acuerdo con el Diccionario de la lengua española lo sustancial es lo relativo a la sustancia, esto es, a la parte esencial o más importante de algo o al conjunto de características permanentes e invariables que constituyen la naturaleza de algo: Cfr. Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, Edición del Tricentenario, actualizado 2020, definiciones de sustancial y sustancia, dle.rae.es.

⁵⁰ Análisis análogo al que ha hecho la Corte Constitucional al definir lo que se entiende por el núcleo esencial de los derechos fundamentales: Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-756 de 2008.

⁵¹ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 10 de octubre de 2019, rad. 11001-03-25-000-2012-00582-00 (2171-12 y 1501-15).

⁵² Énfasis añadido por la Corte, se citan las sentencias C-028 de 1997, reiterada en la C-302 de 1999.



de la materia objeto de reserva escapan al alcance de la regulación mediante decretos reglamentarios, a contrario sensu cuando la Constitución exige que ciertas materias deben ser reguladas por la ley, el legislador no puede establecer, que el Presidente despliegue su potestad reglamentaria sobre la materia reservada, **ni el mismo Presidente puede rebasar en sus reglamentaciones el ámbito sustancial de la materia reservada**». (Negrita fuera de texto).

Así pues, los temas bajo reserva legal no pueden ser «deslegalizados»⁵³, o sea que, por un lado, el legislador no puede delegar al Ejecutivo su regulación mediante reglamento, y por el otro, a través de esta última clase de actos administrativos no resulta válido normar los aspectos sustanciales de la materia reservada a la ley.

1.3.2. Criterios para identificar los temas cobijados por la reserva de ley

En este punto surge el interrogante de cómo identificar las áreas reservadas al legislador, pues lo cierto del caso es que el uso constitucional de la palabra ley no es unívoco. Así, en unas ocasiones la Norma Superior se refiere a la ley en un sentido formal que se define a través de un criterio orgánico como aquel precepto expedido por el Congreso. En otras, la Constitución alude a la ley en un sentido material, al comprender también a aquellos decretos con fuerza de ley que puede proferir el presidente de la República. Y finalmente, en la Carta la palabra ley asimismo puede tener un sentido más amplio, relativo, en general, a cualquier norma jurídica vinculante⁵⁴. Ante la dificultad que puede representar esta polisemia, a efectos de determinar si existe reserva de ley o no, esta Subsección ha considerado que en cada caso particular será necesario definir el alcance de la expresión «ley» contenido en la norma objeto de revisión⁵⁵.

De esta manera, mal podría pensarse que todas las cuestiones pasibles de ser regladas por la ley están sujetas a reserva legal pues ello desnaturalizaría la esencia de esta institución. Así, mientras que la cláusula de competencia del legislador constituye una regla general que le permite a este ocuparse de cualquier materia que no haya sido asignada privativamente a la administración, la reserva de ley aparece como una excepción **que obedece a la especial**

⁵³ Corte Constitucional, sentencia C-1262 de 2005.

⁵⁴ Tal es el caso del artículo 4.º de la Carta, cuando señala que «[e]s deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades»; el 6.º que dispone que «[l]os particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes»; y el 13 según el cual «[t]odas las personas nacen libres e iguales ante la ley». Mal podría pensarse que, en ese mismo orden, los ciudadanos y residentes en Colombia únicamente están obligados al cumplimiento de las leyes expedidas por el Congreso; que la responsabilidad de los particulares solo surge ante la violación de las normas que ha proferido el legislador; o que el derecho a la igualdad solo se puede exigir respecto de aquellas últimas.

⁵⁵ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 9 de diciembre de 2019, rad. 11001-03-25-000-2015-01089-00(4824-15) y (0001-16); sentencia del 23 de abril de 2020, rad. 11001-03-25-000-2012-00494-00(1976-12); y sentencia del 13 de agosto de 2020, rad. 11001-03-24-000-2015-00204-00(2572-15).



trascendencia que la norma de normas le ha otorgado a un determinado asunto.

Es por ello por lo que, en lugar de predicar la aplicación generalizada de tal reserva en todo uso que haga la Constitución de la palabra ley, conviene adoptar una posición que opte por estudiar, en cada caso concreto, si a la luz del ordenamiento jurídico la regulación de la temática en particular solo puede efectuarse a través de un precepto con fuerza y rango de ley⁵⁶.

Por ello, para definir si el constituyente dispuso o no que el tema en particular fuese regulado en forma privativa por el legislador, se dependerá de la valoración que se haga en cada caso concreto. Así, debe darse una respuesta afirmativa cuando logre definirse que se trata de un asunto que, luego de ser estudiado a la luz de la Constitución y de la jurisprudencia, puede catalogarse como de **especial trascendencia**, por su **íntima conexión** con el modelo de Estado social de derecho y con la satisfacción de los fines esenciales del Estado, de los derechos fundamentales, del interés general o de principios transversales como el democrático o el de la separación de funciones entre las ramas y órganos del poder público.

1.4. La reserva de ley en materia de ascenso en la carrera diplomática y consular

1.4.1. Aproximación a la carrera diplomática y consular

Según el artículo 130 de la Constitución de 1991⁵⁷, en Colombia existe, por un lado, el sistema general de carrera administrativa, que se aplica a las entidades que pertenecen a la Rama Ejecutiva en los niveles nacional y territorial, central y descentralizado⁵⁸. Por el otro, se encuentran los sistemas especiales de origen constitucional⁵⁹, que de acuerdo con la Carta Política corresponden a los de las

⁵⁶ Sobre la importancia de no predicar la aplicación generalizada de la reserva de ley, el profesor Héctor Santaella Quintero señala que: «[...] Solo un examen detallado del texto constitucional permite determinar con precisión qué asuntos han sido reservados. Dicho análisis permitirá distinguir tanto las reservas de ley formal como de ley material y las reservas de ley ordinaria de las reservas de leyes especiales o cualificadas [...]»: Héctor Santaella Quintero, *op. cit.*, p. 111. En esa misma línea, en la nota al pie número 96 ubicada en la misma página se indica lo siguiente: «[...] ¿Para qué reservar algo en particular si la totalidad está reservada? Por esto no tiene sentido la equiparación que a veces se observa entre la cláusula general del parlamento y la reserva de ley. Como señala Merkl, “el sentido de la reserva legal es que la forma legal se impone para la formulación del derecho de un cierto contenido, pero no para todo el derecho”. Vid. Merkl, A., *Teoría general del Derecho Administrativo*, México: Editora Nacional, 1980, p. 217».

⁵⁷ CP, art. 130: «Habrà una Comisión Nacional del Servicio Civil responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, excepción hecha de las que tengan carácter especial».

⁵⁸ L. 909/2004, art. 3.

⁵⁹ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-285 del 13 de mayo de 2015.



universidades estatales⁶⁰, las Fuerzas Militares⁶¹, la Policía Nacional⁶², la Fiscalía General de la Nación⁶³, la Rama Judicial⁶⁴, la Registraduría Nacional del Estado Civil⁶⁵, la Contraloría General de la República⁶⁶, las contralorías territoriales⁶⁷ y la Procuraduría General de la Nación⁶⁸.

Además de estas dos categorías, que encuentran fundamento expreso en el texto constitucional, existe una tercera, conformada por los sistemas especiales o específicos de carrera creados por el legislador⁶⁹, los cuales tienen su base en la potestad del Congreso para expedir las leyes que regulen el ejercicio de las funciones públicas⁷⁰ y responden a la singularidad y especialidad de las tareas encomendadas a las entidades en las cuales se aplican⁷¹.

Entre estos últimos sistemas se encuentra la carrera diplomática y consular, que es administrada y vigilada por el Ministerio de Relaciones Exteriores y, a través de ella, son provistos la mayoría de los cargos del servicio exterior del Estado colombiano. Esta corresponde a un sistema especial y jerarquizado que, teniendo en cuenta el mérito, regula el ingreso, el ascenso, la permanencia, el retiro y las situaciones administrativas especiales de los funcionarios pertenecientes al

⁶⁰ CP, art. 69.

⁶¹ CP, art. 217.

⁶² CP, art. 218.

⁶³ CP, art. 253.

⁶⁴ CP, art. 256, n.º 1.

⁶⁵ CP, art. 266.

⁶⁶ CP, art. 268, n.º 10.

⁶⁷ CP, art. 268 (parágrafo transitorio introducido por el Acto Legislativo 04 de 2019).

⁶⁸ CP, art. 279.

⁶⁹ El numeral 2 del artículo 4 de la Ley 909 de 2004 (adicionado por el artículo 51 de la Ley 1575 de 2012) indica cuales son los denominados sistemas específicos de carrera a saber: «(i) El que rige para el personal que presta sus servicios en el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS). (ii) El que rige para el personal que presta sus servicios en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec). (iii) El que regula el personal de la Unidad Administrativa Especial de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN). (iv) El que regula el personal científico y tecnológico de las entidades públicas que conforman el Sistema Nacional de Ciencia y Tecnología. (v) El que rige para el personal que presta sus servicios en las Superintendencias. (vi) El que regula el personal que presta sus servicios en el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República. (vii) El que regula el personal que presta sus servicios en la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil. (viii) El que regula el personal que presta sus servicios a los cuerpos oficiales de bomberos».

Por otra parte, existen otros sistemas especiales creados por el legislador que no están enlistados en la disposición que se acaba de transcribir, los cuales son: (i) La carrera docente (DL. 1278/2002, art. 16). (ii) El que rige para empleados públicos no uniformados al servicio del Ministerio de Defensa Nacional, sus entidades descentralizadas, adscritas y vinculadas, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional (L. 1033/2006, art. 1). (iii) Empleos del Congreso de la República (L. 5/1992, art. 384, par.). Y (iv) La carrera diplomática y consular (DL. 274/2000, art. 13).

⁷⁰ CP, art. 150, n.º 23. Así lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia C-1230 de 2005: «Sobre dichos *sistemas específicos*, ha precisado la jurisprudencia que éstos pueden existir, es decir, que son en principio constitucionalmente admisibles, toda vez que su configuración e implementación hace parte de la competencia asignada al legislador para regular todo lo atinente a la función pública y, particularmente, a la carrera administrativa».

⁷¹ L. 909/2004, art. 4, n.º 1.



servicio exterior del Estado colombiano⁷². Este último, es «la actividad administrada por el Ministerio de Relaciones Exteriores, en desarrollo de la política exterior de Colombia, dentro o fuera del territorio de la República, con el fin de representar los intereses del Estado y de proteger y asistir a sus nacionales en el exterior»⁷³.

El sistema especial en comento tiene su primer antecedente normativo en nuestro ordenamiento jurídico con la Ley 72 del 14 de noviembre de 1922⁷⁴, mediante la cual se le ordenó al Gobierno Nacional que reglamentara lo concerniente, entre otros asuntos, a la organización del ingreso a dicha carrera a través de concurso⁷⁵. En la actualidad se encuentra regulada por el Decreto Ley 274 del 22 de febrero de 2000⁷⁶, que se emitió con base en las facultades extraordinarias otorgadas por el Congreso al presidente de la República mediante la Ley 573 de ese mismo año⁷⁷, para regular, con fuerza legislativa, el servicio exterior y la carrera diplomática y consular⁷⁸.

Esta carrera se caracteriza, principalmente, porque el ingreso a ella solo puede hacerse mediante concurso abierto en la categoría de tercer secretario⁷⁹, la cual está ubicada en el extremo inferior del escalafón; además, previo al nombramiento en periodo de prueba en esta categoría, el aspirante debe aprobar un curso de capacitación en la Academia Diplomática del Ministerio de Relaciones Exteriores. Asimismo, se singulariza por lo relacionado con el

⁷² DL 274/2000, art. 13: «De la Carrera Diplomática y Consular. La Carrera Diplomática y Consular es la Carrera especial jerarquizada que regula el ingreso, el ascenso, la permanencia y el retiro de los funcionarios pertenecientes a dicha carrera, teniendo en cuenta el mérito.

La Carrera Diplomática y Consular regula igualmente las situaciones administrativas especiales de sus funcionarios, tales como alternación, régimen de comisiones, disponibilidad y condiciones laborales especiales.

Por virtud del principio de Especialidad, la administración y vigilancia de la carrera diplomática y consular estará a cargo del Ministerio de Relaciones Exteriores, a través de los órganos que en este estatuto se indiquen».

⁷³ DL 274/2000, art. 3.

⁷⁴ «Orgánica del servicio diplomático y consular».

⁷⁵ L. 72/1922, art. 1, lit. f: «El Gobierno, por medio de decretos ejecutivos, reglamentará las carreras diplomática y consular, y se le autoriza, al efecto para que: [...]

f) Organizar el ingreso a estas carreras por medio de concurso y reglamentar los ascensos y promociones en ellas [...]».

En virtud de esta ley fue expedido el Decreto 1148 del 18 de agosto de 1923, «por el cual se reglamentan las carreras diplomática y consular», después del cual se expidieron las siguientes normas sobre la materia: Ley 114 de 1937, Decreto 320 de 1938, Decreto 1732 de 1960, Decreto Ley 2016 de 1968, Ley 61 de 1987 y Decreto Ley 10 de 1992.

⁷⁶ «Por el cual se regula el Servicio Exterior de la República y la Carrera Diplomática y Consular».

⁷⁷ «Mediante la cual se reviste al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias en aplicación del numeral 10 del artículo 150 de la Constitución».

⁷⁸ L. 573/2000, art. 1, n.º 6.

⁷⁹ DL 274/2000, art. 14: «El ingreso y los ascensos. El ingreso a la Carrera Diplomática y Consular se hará por concurso.

Los concursos de ingreso serán abiertos y tendrán por objeto establecer la aptitud e idoneidad de los aspirantes a la Carrera Diplomática y Consular. El ingreso a la carrera sólo podrá hacerse en la categoría de Tercer Secretario.

Los ascensos tienen como finalidad permitir a los funcionarios de Carrera Diplomática y Consular ascender en el escalafón de la misma en función del mérito, la experiencia y la capacidad, en las condiciones señaladas en el presente Decreto. Los ascensos sólo proceden de categoría en categoría».



ascenso dentro de esta, toda vez que este se logra por medio de un concurso cerrado, en el que se le exige al aspirante haberse desempeñado en la categoría inmediatamente anterior⁸⁰, teniendo como culmen del escalafón de la carrera la categoría de embajador⁸¹.

Sobre esto último, debe advertirse que, en el sistema de carrera en comento, además de la categoría de embajador, también existe el cargo de embajador. La primera hace referencia exclusiva a la posición superior del escalafón de la carrera diplomática y consular, y el segundo a un empleo de libre nombramiento y remoción del presidente de la República, que puede ser ocupado por funcionarios ajenos a la carrera, no obstante que mínimo el 20% de esos cargos han de ser desempeñados por servidores pertenecientes a esta⁸². **Así, un funcionario escalafonado en la categoría de embajador no necesariamente debe ocupar el cargo que tiene la misma denominación**, toda vez que los artículos 11 y 12 del Decreto Ley 274 de 2000 prevén unas equivalencias que le permitirían, por ejemplo, ejercer como cónsul general o cónsul general central en el servicio exterior, o como viceministro, secretario general, director, entre otros, en la planta interna del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Por otra parte, la especialidad es uno de los principios rectores del servicio exterior y de la carrera diplomática y consular, según lo dispone el numeral 7.º del artículo 4.º del Decreto Ley 274 de 2000⁸³. Este alude a los requisitos y

⁸⁰ *Ibidem*. Al respecto también se puede consultar la sentencia C-601 de 2015 de la Corte Constitucional.

⁸¹ DL 274/2000, art. 10: «Categorías en la Carrera Diplomática y Consular.-Son categorías del escalafón de la Carrera Diplomática y Consular las siguientes:

- a) Embajador.
- b) Ministro Plenipotenciario.
- c) Ministro Consejero.
- d) Consejero.
- e) Primer Secretario.
- f) Segundo Secretario.
- g) Tercer Secretario».

⁸² DL 274/2000, art. 6: «Cargos de Libre Nombramiento y Remoción.-Son cargos de libre nombramiento y remoción los siguientes: [...]

PARAGRAFO PRIMERO.-El cargo de Embajador será, así mismo, de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República.

En consecuencia, para ser Embajador ante un Gobierno o Representante Permanente ante un Organismo Internacional, no será requisito pertenecer a la Carrera Diplomática y Consular.

El cargo de Cónsul General Central, que también es de libre nombramiento y remoción, se asimila para los efectos de este Decreto al cargo de Embajador.

Sin embargo, *se mantendrá en la Planta Externa un 20% del total de cargos de Embajador con el fin de designar en dichos cargos a funcionarios de la Carrera Diplomática y Consular, a medida que se presenten las vacantes*. (Nota: La expresión tachada fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en la Sentencia C-292 de 2001, mientras que lo resaltado en cursiva fue declarado condicionalmente executable en la misma sentencia, bajo el entendido de que el porcentaje que allí se establece debe ser comprendido como un mínimo).

⁸³ DL 274/2000, art. 4, n.º 7: «Principios Rectores. Además de los principios consagrados en la Constitución Política y en concordancia con éstos, son principios orientadores de la Función Pública en el servicio exterior y de la Carrera Diplomática y Consular, los siguientes: [...]

7. Especialidad. Cumplimiento de requisitos y condiciones derivados de las particulares características de la prestación del servicio en desarrollo de la política internacional del Estado,



condiciones que nacen de las particularidades que definen la prestación de aquel servicio, de manera que se puedan ejecutar las funciones y gestiones encomendadas con la dignidad, el decoro, el conocimiento y el liderazgo que exigen las características propias de dicha actividad, para hacer frente a la complejidad de las relaciones internacionales y a las especialísimas necesidades que exige la política contemporánea en la materia, las que, en un mundo ampliamente globalizado, no se limitan a asuntos de conflicto exterior sino que además abarcan, cada vez con mayor fuerza y por mencionar solo algunos ejemplos, los procesos económicos, sanitarios, culturales, ecológicos, industriales, migratorios e ideológicos de los diferentes Estados⁸⁴.

Igualmente, la Corte Constitucional ha sostenido, con base en las normas sobre la materia, que, debido a las particulares características del servicio exterior, la administración y vigilancia de ese sistema de carrera no corresponde a la CNSC sino al Ministerio de Relaciones Exteriores. En ese sentido, tanto la jurisprudencia de la Corte⁸⁵, como la del Consejo de Estado⁸⁶, han reiterado esta tesis, con fundamento en lo expuesto en la sentencia C-129 del 17 de marzo de 1994, en la que se indicó lo siguiente:

«La Carrera diplomática y consular tiene un régimen especial y diferenciado respecto de la Carrera administrativa. Por tanto, no pueden aplicarse los mismos principios a las dos carreras, ya que el legislador extraordinario, teniendo en cuenta la naturaleza de las funciones atribuidas al servicio exterior, al Ministerio de Relaciones Exteriores y a las misiones diplomáticas y consulares, dispuso un sistema diferente, adecuado con las funciones propias dirigidas a desarrollar "en forma sistemática y coordinada todas las actividades relativas al estudio y ejecución de la política internacional de Colombia, la representación de los intereses del Estado colombiano y la tutela de los intereses de sus nacionales ante los demás estados, las organizaciones internacionales y la comunidad internacional" (art. 2.º Decreto Ley 10 de 1992)».

a fin de garantizar la ejecución de las funciones asignadas y de las gestiones encomendadas con la dignidad, el decoro, el conocimiento y el liderazgo que dicha particularidad requiere [...].

⁸⁴ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-173 de 2004. En el mismo sentido, sobre el régimen especial que caracteriza la función pública en el caso del Ministerio de Relaciones Exteriores la sentencia C-616 de 1996 se precisó que «[...] encuentra plena justificación en la naturaleza especial que comporta el servicio exterior; este servicio público satisface las necesidades propias de las relaciones internacionales de la Nación y como tal exige para su prestación un cuerpo de funcionarios altamente calificados en las materias relativas a la política exterior de la República [...]». Por su parte, la Sección Segunda, Subsección B de esta Corporación ha precisado que «[...] el Servicio Exterior comporta una naturaleza especial pues tiene unas condiciones y connotaciones particulares inherentes a las necesidades propias de las relaciones del Estado con las demás Naciones que, además, por las características pluriétnicas y multiculturales, requiere de personal altamente calificado en las materias relativas a la política exterior de la República [...]» (sentencia del 3 de mayo de 2018, rad. 250002325000201200956 01 (1658-16).

⁸⁵ Cfr. Corte Constitucional, sentencias C-616 del 13 de noviembre de 1996 y C-601 del 16 de septiembre de 2015.

⁸⁶ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencias del 16 de marzo de 2000, rad. 2921-99 y del 25 de marzo de 2010, rad. 11001-03-25-000-2005-00010-00(0177-05).



1.4.2. Consagración en el artículo 125 de la Constitución de la reserva legal respecto de los requisitos y condiciones ascenso en los sistemas de carrera, incluida la carrera diplomática y consular

El inciso tercero del artículo 125 de la Carta preceptúa que «[e]l 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»⁸⁷. De acuerdo con esta disposición constitucional, el principio del mérito es un criterio rector del ingreso, permanencia y ascenso en la función pública, a través del cual se busca privilegiar a quienes, en virtud de las aptitudes y competencias que tengan respecto del contenido funcional de un determinado empleo público, se han ganado el derecho a desempeñarlo.

En ese sentido, cabe afirmar que el uso del término «ley» en la norma constitucional en comento, respecto de la determinación de los elementos requeridos para el ascenso en los sistemas de carrera, tanto el general como los especiales, **da cuenta de la existencia de una verdadera reserva legal**, por cuanto el principio del mérito, que favorece a quienes se destacan por sus calidades intelectuales, académicas, físicas y laborales, según el empleo o categoría de que se trate, tiene una **especial trascendencia**, dada su **íntima conexión** con los fines esenciales del Estado, particularmente, con la mejora de las condiciones del servicio a la comunidad y con el derecho fundamental a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, consagrado en el numeral 7.º del artículo 40 de la Constitución. Igualmente, porque este principio se ve reflejado en otros mandatos de optimización, como los de transparencia, moralidad, imparcialidad e igualdad en la función administrativa⁸⁸.

Conforme con lo anterior, y en lo que tiene que ver con la carrera diplomática y consular, la Corte Constitucional, en la sentencia C-292 de 2001, en la que analizó la constitucionalidad de varias disposiciones del Decreto Ley 274 de 2000, confirmó que, en efecto, el ascenso dentro de esta carrera especial es un asunto bajo reserva material de ley, pudiendo ser regulado por el Congreso en ejercicio de sus facultades ordinarias, o por el Gobierno Nacional en el cumplimiento de su potestad legislativa extraordinaria⁸⁹.

No obstante, la Corte aclaró que, en situaciones puntuales y predominantemente técnicas como, por ejemplo, las que tienen que ver con la clase de prueba o pruebas, la metodología, el procedimiento, la práctica y la calificación de los

⁸⁷ Negrita fuera de texto.

⁸⁸ La Corte Constitucional ha afirmado que «la carrera administrativa, por expreso mandato constitucional, debe ser regulada mediante ley. Por tanto, el régimen de calidades y requisitos necesarios para acceder a los distintos empleos públicos [...] debe ser objeto de ella»: Corte Constitucional, sentencias C-570 de 1997, C-837 de 2003 y C-1262 de 2005.

⁸⁹ En este sentido, en la doctrina nacional, Jorge Iván Rincón Córdoba ha señalado que la mayoría de los temas relacionados con la función pública se encuentran cobijados por una reserva material de ley: Cfr. Jorge Iván Rincón Córdoba, *op. cit.*, p. 265.



exámenes de idoneidad profesional de los funcionarios del servicio exterior y la definición de los detalles de la evaluación del desempeño de estos servidores, el reglamento puede encargarse de prever las normas correspondientes. Por ello, declaró exequibles los artículos 29 (lit. d)⁹⁰ y 32 (lit. b)⁹¹, del decreto ley antes mencionado, que establecen que estos asuntos deben ser reglamentados mediante resolución ministerial⁹².

De esta manera, es posible predicar la existencia de una reserva legal en materia de ascenso en la carrera diplomática y consular y, en ese orden, de acuerdo con lo que se ha señalado previamente, la potestad reglamentaria de las autoridades administrativas, incluida la que ejerce el presidente de la República en virtud de lo consagrado en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución, deberá enmarcarse en los aspectos simplemente accidentales en este tema, sin que pueda a través de esta modificar, ampliar, restringir o eliminar los elementos sustanciales o esenciales de su regulación.

⁹⁰ DL 274/2000, art. 29, lit. d: «Examen de Idoneidad Profesional.-Para el diseño y aplicación del examen de idoneidad se tendrán en cuenta los siguientes puntos: [...]

d. Los temas, la clase de prueba o pruebas, la metodología, el procedimiento, la práctica y la calificación serán los que se determinen mediante resolución ministerial, con base en la propuesta del Consejo Académico de la Academia Diplomática. Para este efecto dicho Consejo podrá solicitar la colaboración y asesoría de la Universidad Nacional de Colombia, del Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior-ICFES o de cualquier otra entidad de Educación Superior oficialmente reconocida».

⁹¹ DL 274/2000, art. 32, lit. b: «Evaluación y Calificación del Desempeño.-Para el diseño y aplicación del sistema e instrumentos para la evaluación y calificación del desempeño de los funcionarios de la Carrera Diplomática y Consular se tendrán en cuenta los siguientes aspectos: [...]

b. Mediante resolución ministerial y con base en la propuesta que hiciera la Comisión de Personal de la Carrera Diplomática y Consular, se establecerán la metodología y el procedimiento para evaluar el desempeño de los funcionarios, así como los factores y puntajes que faciliten la calificación medible, cuantificable y verificable del desempeño de los funcionarios. Estos factores deberán permitir la determinación objetiva del resultado final, indicándose el nivel mínimo de dicho puntaje que se considera satisfactorio, en forma tal que dicho resultado tenga una adecuada justificación técnica. [...]

⁹² Al respecto, esto fue lo que dijo la Corte Constitucional en la sentencia en comento: «[H]ay que decir que es cierto que el Artículo 125 de la Carta hace provisiones expresas sobre el ascenso como una de las etapas de la carrera administrativa indicando que *"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 calidad de los aspirantes"*. Sin embargo, para la Corte es claro que de esa disposición no se sigue que la ley sea la única habilitada para regular absolutamente todo lo relacionado con el concurso para ascenso. El Gobierno Nacional, obrando como legislador extraordinario, al regular el servicio exterior y la carrera diplomática y consular, emitió disposiciones generales, desarrolló las diversas etapas de la carrera y expidió disposiciones finales y sobre régimen disciplinario. Pero situaciones tan puntuales como las referidas en el artículo 29 y relacionadas con un ámbito tan particular y específico como el servicio exterior no tienen por qué ser privativas del legislador pues nada se opone a que ellas sean establecidas mediante una resolución ministerial. Ante ello, no puede decirse que ha existido violación de la reserva legal que en materia de carrera administrativa consagra la Carta. Por el contrario, los ámbitos que se relegan al ámbito de las resoluciones ministeriales son completamente congruentes con su naturaleza. De acuerdo con esto, se declarará la exequibilidad de los apartes demandados de los artículos 29 y 32».



1.5. Caso concreto

Inicialmente, la Sala estima necesario reiterar que el Decreto 26 de 2018 fue proferido con fundamento en la potestad reglamentaria ordinaria del presidente de la República, consagrada en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución, y en su expedición no se invocaron las facultades extraordinarias que fueron otorgadas en su momento al Gobierno Nacional a través de la Ley 573 de 2000 para regular la carrera diplomática y consular, por lo que aquí no cabe discutir el agotamiento de dichas facultades, tal y como lo planteó el señor Mario Andrés Sandoval Rojas.

No obstante, considera que le asiste razón al demandante en lo relativo a la falta de competencia del Gobierno Nacional en la emisión del reglamento acusado, ya que este no contó con una habilitación legal, previa y suficiente que le hubiese permitido expedir, válidamente, normas sobre un aspecto sustancial **de los requisitos y condiciones para ascender dentro del sistema de carrera diplomática y consular**, como lo es la determinación del número de cupos de funcionarios que podían ser promovidos a la categoría de embajador en el año 2018, que, como se vio, de conformidad con el inciso tercero del artículo 125 de la Carta, es un tema que está reservado al legislador.

En ese sentido, la Subsección valora que tanto la existencia genérica de un cupo para ascender a la categoría de embajador, la cual tiene fundamento legal en el inciso primero y los numerales 1.º, 3.º y 4.º del artículo 31 del Decreto Ley 274 de 2000⁹³, como la definición concreta de la cantidad de cupos que inicialmente fue regulada en el numeral 2.º *ibidem*, se encuentran cobijadas por la reserva material de ley antes mencionada, por cuanto, frente a lo primero, como lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia C-292 de 2001, la exigencia del cupo se circunscribió en las facultades extraordinarias conferidas por el Congreso de la República al presidente mediante la Ley 573 de 2000⁹⁴, lo que quiere decir que

⁹³ DL, 274/2000, art. 31: «Ascenso a Embajador. El ascenso a la categoría de Embajador se regulará por las siguientes disposiciones de carácter especial:

1. Entiéndese por cupo el número de funcionarios que pueden estar escalafonados en la categoría de Embajador.

2. ~~El cupo para la categoría de Embajador será de 25 funcionarios.~~

3. El ascenso a la categoría de Embajador sólo procederá cuando, **cumplidos los requisitos**, hubiere disponibilidad dentro del cupo asignado a la categoría de Embajador a la cual se aspira.

4. Una vez existiere la disponibilidad dentro del cupo respectivo, el funcionario aspirante al ascenso será promovido a la categoría de Embajador en el orden en que hubiere cumplido el tiempo de servicio establecido para la categoría de Ministro Plenipotenciario». (El numeral segundo que aparece tachado fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-292 de 2001, la negrita está fuera del texto).

⁹⁴ Frente a este tema, en dicha sentencia se dijo lo siguiente: «[L]a Corte debe considerar el cargo de inexecutable presentado contra el artículo 31 del Decreto 274, en el cual se regulan las condiciones para el ascenso a la categoría de Embajador [...] En relación con esta norma, la Corte advierte que ni la definición que se hace del cupo en el numeral primero, ni el condicionamiento del ascenso a la disponibilidad de cargos dispuesta en el numeral tercero, ni la supeditación del ascenso al orden de cumplimiento del tiempo de servicio prevista en el numeral



la exigencia de un cupo para ascender a la categoría superior de la carrera diplomática y consular no podía reglamentarse con las facultades administrativas ordinarias del Gobierno Nacional, dado que esta condición restringe los ascensos a la categoría superior de esa carrera con un elemento ajeno a los requisitos asociados al mérito, propios del régimen de promoción en ese sistema y que están consagrados en el artículo 26 del decreto ley previamente indicado⁹⁵.

Y respecto de lo segundo, que constituye el asunto reglamentado en el Decreto 26 de 2018, en la medida en que, como lo advirtió la Corte Constitucional en la misma sentencia C-292 de 2001, **la determinación del número de cupos tiene incidencia directa en el derecho a ascender dentro de la carrera en comento**, y una eventual limitación excesiva de la cantidad de cupos puede romper el equilibrio que ha de existir entre la facultad de libre nombramiento y remoción del presidente frente al cargo de embajador y el 20% de funcionarios de carrera que como mínimo deben ocupar ese mismo cargo, de conformidad con la declaración de exequibilidad condicionada de lo preceptuado en el cuarto inciso del párrafo primero del artículo 6.º del Decreto Ley 274 de 2000. Sobre esto, para declarar inexecutable el numeral 2.º del artículo 31 *ibidem*, que establecía un cupo de veinticinco funcionarios que podían ascender a la categoría de embajador, la Corte expuso lo siguiente⁹⁶:

«[L]a asignación de un cupo de 25 funcionarios pertenecientes a la carrera diplomática y consular para que sólo ellos puedan acceder al cargo de Embajador no guarda correspondencia alguna con el porcentaje mínimo a que se ha hecho referencia [20%]. Si el porcentaje de funcionarios de carrera que pueden acceder a ese cargo, porcentaje que el Gobierno Nacional ha establecido como legislador extraordinario en el párrafo del artículo 6, no debe entenderse como un límite máximo sino como un límite mínimo, el numeral segundo del artículo 31 resulta contrario a esa interpretación y en consecuencia a la Carta.

Ello es así porque el cupo fijado, 25 funcionarios de carrera, contraría el alcance y la naturaleza del porcentaje mínimo pues equivale a fijar un porcentaje máximo que

cuarto resultan contrarios a la Carta Política **pues con esas disposiciones lo que el Gobierno Nacional ha hecho es desarrollar, en puntos específicos, el ámbito al que se circunscriben las facultades extraordinarias conferidas por el Congreso de la República**». (Negrita fuera de texto).

⁹⁵ DL 274/2000, art. 26: «Requisitos para el Ascenso.-Para ascender en el escalafón de la Carrera Diplomática y Consular, el funcionario deberá cumplir los siguientes requisitos:

- a. Solicitud del interesado dirigida a la Comisión de Personal de la Carrera Diplomática y Consular y presentada en la Dirección del Talento Humano, en su calidad de Secretaría de dicha Comisión.
- b. Tiempo de servicio cumplido, según lo consagrado en el artículo 27 de este Decreto.
- c. Aprobación del examen de idoneidad profesional dentro del año inmediatamente anterior a aquel en el cual se cumpla el tiempo de servicio a que hubiere lugar según lo previsto en el artículo 27 de este Decreto y previa realización del curso de capacitación a que se refiere el artículo 28 de este estatuto.
- d. Calificación definitiva satisfactoria de la evaluación del desempeño vigente para el año calendario común inmediatamente anterior a aquel en el cual se produzca el ascenso, realizada en los términos señalados en el artículo 32 de este Decreto. Si dicha calificación es insatisfactoria no habrá lugar al ascenso hasta la siguiente calificación definitiva, siempre y cuando ésta fuere satisfactoria».

⁹⁶ Corte Constitucional, sentencia C-292 de 2001.



implicaría el desconocimiento del derecho que tienen otros [...], incluso por encima de ese número, a acceder a los cargos de Embajador y Cónsul General Central. Es decir, **la limitación del cupo para los funcionarios que en el sistema de carrera puedan ascender a la categoría de embajador, en proporción tan limitada, impide el efectivo reconocimiento de su derecho a ascender.**

Así, el numeral 2 del artículo 31 no consulta los criterios de armonización, ya expresados, entre la regla general del artículo 125 y la potestad del Presidente de la República prevista en el artículo 189.2 y particularmente porque este cupo limitadísimo no consulta los criterios de razón suficiente y proporcionalidad, permitiendo aquí sí la inversión de la relación entre regla general y excepción». (Negrita fuera de texto).

Para la Sala, lo anterior da cuenta de la sustancialidad que reviste la determinación del número de cupos de funcionarios que pueden estar escalafonados en la categoría de embajador, pues, por un lado, se trata de un asunto que motivó un pronunciamiento de fondo de la Corte en sede de constitucionalidad abstracta y, por el otro, tal y como lo dijo dicho Alto Tribunal, **de la definición de esa cantidad depende la armonización entre el principio constitucional del mérito en el ascenso en los sistemas de carrera (CP, art. 125) y la potestad del presidente para nombrar a los agentes diplomáticos y consulares que también tiene sustento en la Carta (CP, art. 189, n.º 2⁹⁷)**, razón por la cual no podía ser regulada a través de un decreto reglamentario.

Ahora bien, frente a lo precedente se puntualiza que, si bien la determinación inicial del cupo mediante el Decreto Ley 274 de 2000 (una norma con fuerza de ley), es una circunstancia indicadora de la necesidad de que el asunto sea objeto de regulación legislativa, el criterio para definir si esto es así es el de la sustancialidad del tema normado, y en el presente caso, como se acaba de señalar, se cumple con tal condición.

En ese orden de ideas, el establecimiento de la cantidad de cupos para ascender a la máxima categoría de la carrera diplomática y consular no es un tema meramente accidental o que se refiera a cuestiones predominantemente técnicas como las que tienen que ver con la clase de pruebas, la metodología, el procedimiento, la práctica y la calificación de los exámenes de idoneidad profesional de los funcionarios del servicio exterior y los detalles de la evaluación del desempeño de estos servidores, que, como ya se dijo, según lo dispuesto en los artículos 29 (lit. d) y 32 (lit. b) del Decreto Ley 274 de 2000, y lo indicado por la Corte Constitucional en la sentencia C-292 de 2001, pueden ser reguladas por normas de jerarquía reglamentaria.

⁹⁷ CP, art. 189, n.º 2: «Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa: [...]

2. Dirigir las relaciones internacionales. **Nombrar a los agentes diplomáticos y consulares**, recibir a los agentes respectivos y celebrar con otros Estados y entidades de derecho internacional tratados o convenios que se someterán a la aprobación del Congreso. [...]. (Negrita fuera de texto).



Igualmente, se aclara que el análisis relativo a la competencia para expedir el decreto acusado no comprende lo concerniente al número de cupos efectivamente establecidos, los cuales doblan a los que inicialmente previó el numeral 2.º del artículo 31 del Decreto Ley 274 de 2000 que fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, toda vez que, como ya se advirtió, el vicio de falta de competencia afecta a un elemento externo al contenido del acto administrativo, no resultando relevante en este aspecto si el cupo de cincuenta funcionarios que podían estar escalafonados en la categoría de embajador en el año 2018 observa los parámetros de razón suficiente y proporcionalidad a los que aludió la Corte Constitucional en la sentencia C-292 de 2001.

Por lo anterior, y dado que esta medida implicó la restricción efectiva del derecho a ascender dentro de la carrera diplomática y consular, de los funcionarios escalafonados como ministros plenipotenciarios que hubiesen cumplido con los requisitos para ser promovidos a la categoría de embajador y que, sin embargo, quedaron excluidos de dicha posibilidad por causa de la limitación del cupo prevista en el Decreto 26 de 2018, aquí se juzga que el Gobierno Nacional debió contar con habilitación legal expresa para ello, o al menos con parámetros, asimismo legales, que permitieran identificar los criterios de razón suficiente y proporcionalidad en la determinación del número de los cupos.

Frente a lo que se acaba de señalar, resulta importante insistir en que, con la expedición del Decreto 26 de 2018, el Gobierno Nacional reglamentó, sin competencia para ello, el artículo 31 del Decreto Ley 274 de 2000 respecto de la cantidad de cupos para ascender a la categoría de embajador dentro del escalafón de la carrera diplomática y consular en el año 2018, y no modificó el porcentaje mínimo de funcionarios de carrera que deben ocupar el cargo que tiene la misma denominación, previsto en el párrafo primero del artículo 6.º *ibidem*.

Así pues, respecto de lo argumentado en defensa de la legalidad del decreto demandado por parte del Ministerio de Relaciones Exteriores y por el DAFP, la Sala considera que la potestad reglamentaria del presidente de la República para la cumplida ejecución de las leyes no podía ser ejercida para regular un elemento sustancial de un asunto reservado al legislador, máxime cuando las disposiciones del Decreto Ley 274 de 2000 que fueron invocadas en la motivación del acto administrativo acusado como fundamento de su expedición, esto es, los artículos 26 y 31⁹⁸, y los artículos 5.⁹⁹, 6.º (párrafo primero) y 13 *ibidem*¹⁰⁰ que se

⁹⁸ Que ya fueron transcritos en esta providencia.

⁹⁹ DL 274/2000, art. 5: «Clasificación de Cargos.-Los cargos en el Ministerio de Relaciones Exteriores serán:

a. De libre nombramiento y remoción.
b. De Carrera Diplomática y Consular.
c. De Carrera Administrativa».

¹⁰⁰ Estos dos últimos que también se transcribieron previamente.



invocaron en la contestación de la demanda y los alegatos de conclusión, no habilitan expresamente al Gobierno Nacional para establecer el número de cupos de funcionarios que podían estar escalafonados en la categoría de embajador y no consagran pautas que permitan determinar dicha cantidad bajo criterios de razón suficiente y proporcionalidad.

Finalmente, en lo que tiene que ver con el concepto del Ministerio Público, la Subsección estima que la laguna normativa generada por la declaración de inexecutable del numeral 2.º del artículo 31 del Decreto Ley 274 de 2000 en la sentencia C-292 de 2001, no podía ser llenada a través de una norma de jerarquía reglamentaria, pues en este asunto, relacionado con un aspecto sustancial de las condiciones y requisitos para ascender en la carrera diplomática y consular, se insiste, opera una reserva de ley, de conformidad con el inciso tercero del artículo 125 de la Constitución.

En conclusión: El acto administrativo demandado sí está viciado por la falta de competencia del Gobierno Nacional, al haber reglamentado, sin contar con habilitación legal, previa y suficiente, un aspecto sustancial de los requisitos para ascender en la carrera diplomática y consular, lo cual, según el inciso tercero del artículo 125 de la Constitución, es un tema reservado a la regulación del legislador.

2. Segundo problema jurídico

¿El Decreto 26 de 2018 fue expedido irregularmente por la pretermisión del trámite de publicidad previa al que este se debió sujetar?

Tesis de la Sala: El Decreto 26 de 2018 fue expedido irregularmente por la pretermisión del trámite de publicidad previa al que se debió sujetar y por la trascendencia que tuvo el incumplimiento de este requisito formal de procedimiento, de acuerdo con lo señalado en el numeral 8.º del artículo 8.º del CPACA, y en el artículo 2.1.2.1.14 del Decreto 1081 de 2015, sustituido por el artículo 1.º del Decreto 270 de 2017.

Para resolver este problema jurídico se abordarán los siguientes temas: (2.1) El vicio de expedición irregular. (2.2) La ponderación como juicio para solucionar la colisión de principios. (2.3) Sobre la publicidad previa de los proyectos específicos de regulación. (2.4) Caso concreto.

2.1. El vicio de expedición irregular

Este vicio o causal de nulidad de los actos administrativos se predica de los defectos en el elemento formal del acto, el cual comprende dos aspectos a saber: el procedimiento y la forma de la declaración¹⁰¹. Sobre lo primero, la expedición

¹⁰¹ Cfr. Miguel Largacha Martínez y Daniel Posse Velásquez, *op. cit.*, p. 27.



irregular se configura cuando se incumplen las condiciones y fases previstas en el ordenamiento jurídico para la formación del acto. Y frente a lo segundo, el vicio se presenta en los casos en los que la manifestación unilateral de voluntad de la administración adolece de formalidades esenciales para su validez, tales como la motivación.

En ese sentido, el elemento formal del acto que protege esta causal de nulidad, obedece tanto a razones de orden interno de la administración, como al respeto de las garantías y derechos de las personas¹⁰², lo cual puede referirse a requisitos tendientes a garantizar cuestiones como la igualdad y la participación de los interesados en la formación del acto, otorgar las oportunidades que correspondan para el ejercicio de los derechos a la defensa o contradicción y también para asegurar la autenticidad o veracidad del acto administrativo.

No obstante, es necesario precisar que, tanto esta Corporación como la doctrina, han señalado de manera reiterada que, en virtud de los principios constitucionales de prevalencia de lo sustancial sobre lo formal¹⁰³ y de eficacia de la función administrativa¹⁰⁴, las irregularidades formales que no tengan trascendencia en los derechos y garantías fundamentales como el debido proceso, pueden ser subsanadas y no implican necesariamente la anulación del acto. Así, la irregularidad que tiene vocación de llevar al juez a declarar la nulidad es la que compromete un presupuesto básico de la decisión o la que tuvo incidencia en su sentido final¹⁰⁵.

En efecto, en el Consejo de Estado se ha dicho al respecto que¹⁰⁶:

«La expedición irregular como vicio anulante de los actos administrativos se configura cuando la decisión de la administración viola las normas de orden adjetivo que establecen el procedimiento para su formación o la forma como éste debe presentarse. **Cuando el acto es expedido con vicios en el trámite debe verificarse si éstos son de una suficiencia tal que afecten el sentido de la decisión.** Si la irregularidad en el proceso logra afectar la decisión por cuanto es sustancial o trascendente, el acto será anulable por expedición irregular, caso contrario, es decir, cuando el defecto es formal e intrascendente, no hay lugar a decretar su anulación». (Negrita fuera de texto).

¹⁰² *Ibidem*.

¹⁰³ CP, art. 228: «La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y **en ellas prevalecerá el derecho sustancial.** Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo». (Negrita fuera de texto).

¹⁰⁴ CP, art. 209: «La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, **eficacia**, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad [...]».

¹⁰⁵ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto del 18 de enero de 1994, rad. 2779 y en la doctrina: Cfr. Miguel Largacha Martínez y Daniel Posse Velásquez, *op. cit.*, p. 87 y Luis Enrique Berrocal Guerrero, *op. cit.*, pp. 551-552.

¹⁰⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 27 de enero de 2011, rad. 11001-03-28-000-2010-00007-00.



Y desde la doctrina, Largacha Martínez y Posse Velásquez indicaron lo siguiente¹⁰⁷:

«[D]ebe precisarse que no toda irregularidad en la forma que afecte los anteriores principios da lugar a la invalidez o ineficacia del acto [...] los vicios de carácter puramente accidental, instituido solamente en beneficio de la administración, son irregularidades que no alcanzan a desvirtuar la naturaleza de los procedimientos, **luego no son causal de nulidad, sino cuando sea razonable suponer que de haberse cumplido con esta formalidad accidental se habría producido un cambio en el contenido de la voluntad administrativa**». (Negrita fuera de texto).

Ahora bien, para definir la trascendencia de la irregularidad que puede llevar a la anulación del acto administrativo es posible acudir, inicialmente, a un criterio eminentemente normativo, según el cual, si un precepto jurídico positivo le da el carácter de esencial a una formalidad, su incumplimiento puede generar la nulidad del acto¹⁰⁸; esto ocurre, por ejemplo, con la consulta previa¹⁰⁹. Luego, de no existir disposiciones en el anterior sentido, la determinación de la importancia de los requisitos formales en un caso concreto puede ser objeto de ponderación, esto es, de un ejercicio comparativo en el que se busca un equilibrio práctico¹¹⁰ entre, por un lado, los principios o derechos que subyacen a las reglas sobre las formalidades a las que debía sujetarse la manifestación unilateral de voluntad de la administración y, por el otro, de los que, en sentido contrario, buscan la eficacia de la actuación administrativa en un caso concreto. Así pues, a continuación, se abordará lo relacionado con el mecanismo de la ponderación y la solución de la colisión de principios.

2.2. La ponderación como juicio para solucionar la colisión de principios

En la teoría del derecho contemporánea¹¹¹ y en la jurisprudencia nacional¹¹², se ha introducido el concepto de ponderación, como un mecanismo a través del cual se busca resolver los conflictos que surgen en la aplicación de los principios o derechos fundamentales que se encuentren en un plano de igualdad jerárquica en la pirámide de fuentes del ordenamiento jurídico. Estos principios son

¹⁰⁷ Miguel Largacha Martínez y Daniel Posse Velásquez, *op. cit.*, p. 98

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 99.

¹⁰⁹ CPACA, art. 46: «Consulta obligatoria. Cuando la Constitución o la ley ordenen la realización de una consulta previa a la adopción de una decisión administrativa, dicha consulta deberá realizarse dentro de los términos señalados en las normas respectivas, **so pena de nulidad de la decisión que se llegare a adoptar**». (Negrita fuera de texto).

¹¹⁰ Corte Constitucional, sentencia T-425 de 1995.

¹¹¹ Cfr. Robert Alexy, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 95, citado en: Carlos Bernal Pulido, *El derecho de los derechos*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 96.

¹¹² Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-027 de 2018 y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 15 de abril de 2013, rad. 44001-23-33-000-2012-00079-01(AC).



entendidos como normas con estructura abierta o mandatos de optimización, que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas que juegan en sentido contrario. Así, la operación en comento implica que, cuanto más grande sea el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro.

Lo precedente se diferencia de la forma tradicional de aplicar las reglas, las cuales, por su estructura condicional hipotética (si A, entonces debe ser B), pueden ser adjudicadas silogísticamente o mediante la subsunción¹¹³, y cuyas colisiones se resuelven a través de los criterios de solución de antinomias previstos en la ley¹¹⁴.

Ahora bien, en la ponderación, para definir en cada caso esa «mayor medida posible» en la que debe materializarse un principio, es necesario confrontarlo con su opuesto, el cual puede estar contenido explícitamente en una norma de estructura abierta o, del mismo modo, implícitamente en la redacción de una regla (como ocurre, por lo general, con los requisitos formales de los actos administrativos). Cuando esta operación se realiza, como ya se advirtió, se dice que hay una colisión de principios, pues, en un caso concreto, resultan relevantes dos o más disposiciones jurídicas que fundamentan, *prima facie*, dos normas incompatibles entre sí y que pueden ser propuestas como soluciones para el asunto estudiado¹¹⁵. De acuerdo con la Corte Constitucional, este tipo de situaciones se presentan porque¹¹⁶:

«[L]a Constitución prevé un amplio catálogo de derechos, los cuales tienen una clara dimensión normativa; sin embargo, esta es abierta, en la medida que no define cómo o en qué términos estos deben ser garantizados. Es más, la Constitución, como regla general, no determina cuál debe ser el nivel –ya sea *mínimo*, *máximo* o *uno intermedio*– de satisfacción de los derechos [...]».

De esta manera, en lo relativo a la solución de la colisión de principios, desde la doctrina¹¹⁷ se ha elaborado un procedimiento para tales efectos que consiste en: (i) definir la importancia de la satisfacción o afectación de uno de los que estén

¹¹³ Carlos Bernal Pulido, *El derecho de los derechos*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 95.

¹¹⁴ L. 57/1887, art. 5: «Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquella.

Si en los Códigos que se adoptan se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, se observarán en su aplicación las reglas siguientes:

1ª. La disposición relativa á un asunto especial prefiere á la que tenga carácter general;

2ª. Cuando las disposiciones tengan una misma especialidad ó generalidad, y se hallen en un mismo Código, preferirá la disposición consignada en artículo posterior; y el estuvieren en diversos Códigos preferirán, por razón de éstos, en el orden siguiente: Civil, de Comercio, Penal, Judicial, Administrativo, Fiscal, de Elecciones, Militar, de Policía, de Fomento, de Minas, de Beneficencia y de Instrucción Pública».

¹¹⁵ Cfr. Carlos Bernal Pulido, *op. cit.*, p. 98.

¹¹⁶ Corte Constitucional, sentencia T-027 de 2018.

¹¹⁷ Cfr. Carlos Bernal Pulido, *op. cit.*, p. 98.



confrontados; (ii) determinar la importancia de la satisfacción del mandato de optimización que juega en sentido contrario y, (iii) concretar si la importancia de la satisfacción del principio opuesto justifica la afectación o no satisfacción del otro.

En esa ilación, el grado de afectación de estos principios puede determinarse mediante el uso de una escala tríadica de tres grados o intensidades a saber: leve, medio o intenso¹¹⁸. Adicionalmente, es necesario tener en cuenta el «peso abstracto»¹¹⁹ de las normas de textura abierta en colisión, lo que puede ser determinado, entre otras variables, por la jerarquía dentro del sistema de fuentes del derecho de los preceptos que las contienen (*v. gr.* Constitución *vs.* Ley) y, por último, es necesario referirse a la certeza de las apreciaciones sobre los hechos del caso, las cuales, en la medida en que tengan un mayor grado de demostración, más peso le darán al principio que respaldan¹²⁰.

2.3. Sobre la publicidad previa de los proyectos específicos de regulación

En la actualidad, es una realidad que las nuevas dinámicas a las que responde el Estado social de derecho propenden en mayor medida por la democratización del procedimiento administrativo¹²¹. Este propósito se ve reflejado en disposiciones constitucionales como el artículo 1.º Superior, conforme al cual el Estado colombiano se encuentra organizado bajo la forma de República democrática, participativa y pluralista; el artículo 2.º, que indica que uno de los fines esenciales del Estado es facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan; así como el 209 *ibidem*, que al contemplar los principios que rigen la función administrativa, prevé los de interés general y publicidad.

Por su parte, la Ley 489 de 1998 indicó que la función administrativa debe desarrollarse, entre otros, conforme a los principios de participación, publicidad y transparencia, y su ejercicio debe consultar siempre el interés general¹²². En armonía con ello, el artículo 32¹²³ *ibidem* prevé que, en cumplimiento de la obligación que tienen todas las entidades estatales de atender los principios de democracia participativa y democratización de la gestión pública, deben involucrar a los ciudadanos y organizaciones de la sociedad civil en su formulación, ejecución, control y evaluación de sus actuaciones. Con tal fin, la norma en comento prevé como posibles acciones: (i) la convocatoria a audiencias públicas; (ii) la incorporación de políticas y programas encaminados a fortalecer

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 100.

¹¹⁹ *Ibidem*.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 101.

¹²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 2 de julio de 2020, rad. 11001-03-25-000-2017-00032-00 (0098-2017).

¹²² L. 489/1998, arts. 3 y 4.

¹²³ Artículo modificado por el artículo 78 de la Ley 1474 de 2011.



la participación ciudadana en sus planes de desarrollo y de gestión; (iii) la difusión y promoción de los derechos ciudadanos relativos al correcto funcionamiento de la administración pública; (iv) el incentivo de la formación de asociaciones que representen los intereses de los usuarios y ciudadanos; (v) el apoyo a los mecanismos de control social que se constituyan; y (vi) la aplicación de herramientas que le otorguen transparencia a la función administrativa.

El CPACA también contiene los principios que guían las decisiones de las autoridades, entre otros, los del debido proceso, transparencia, publicidad y participación. Sobre este último, el numeral 6.º del artículo 3.º de dicha codificación, señala que constituye el fundamento para que las autoridades promuevan y atiendan las iniciativas que adelanten los ciudadanos, organizaciones y comunidades, con el fin de intervenir en los procesos de deliberación, formulación, ejecución, control y evaluación de la gestión pública.

Por su parte, el artículo 8.º, numeral 8.º *ibidem*, consagra el deber que tienen las entidades estatales y los particulares que cumplan funciones administrativas, de mantener informados a los administrados de los proyectos específicos de regulación que pretendan proferir, respecto de lo cual, esto señala dicha disposición:

«ARTÍCULO 8.º. DEBER DE INFORMACIÓN AL PÚBLICO. Las autoridades deberán mantener a disposición de toda persona información completa y actualizada, en el sitio de atención y en la página electrónica, y suministrarla a través de los medios impresos y electrónicos de que disponga, y por medio telefónico o por correo, sobre los siguientes aspectos:

[...]

8. Los proyectos específicos de regulación y la información en que se fundamenten, con el objeto de recibir opiniones, sugerencias o propuestas alternativas. Para el efecto, deberán señalar el plazo dentro del cual se podrán presentar observaciones, de las cuales se dejará registro público. En todo caso la autoridad adoptará autónomamente la decisión que a su juicio sirva mejor el interés general [...].»

Frente a esta cuestión, el 14 de septiembre de 2016, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado se pronunció respecto del alcance del precepto transcrito, para precisar que la expresión «proyectos específicos de regulación» debe entenderse como toda propuesta de acto administrativo general y abstracto que pretenda ser expedida por una autoridad administrativa en un asunto o materia de su competencia. Frente a esto, se dio la siguiente explicación¹²⁴:

¹²⁴ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 14 de septiembre de 2016; rad. 11001030600020160006600 (2291). Se aclara que si bien es cierto que conforme al artículo 112 del CPACA los conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado no son vinculantes, salvo que la ley disponga lo contrario, nada obsta para que, al constituir opiniones técnico jurídicas emitidas por esta Corporación en ejercicio de la función asesora o consultiva que le asigna el artículo 237-3 superior, sirvan de apoyo en la fundamentación de una determinada decisión judicial, no porque propiamente se le reconozca algún tipo de obligatoriedad sino porque



«Si se considera que la expresión “proyectos específicos de regulación” hace referencia al sentido específico de regulación económica-social, debe concluirse que se trataría de propuestas de actos administrativos generales y abstractos o de reglamentos dirigidos a fijar o ajustar *ex ante*, las reglas de juego de una actividad determinada de un sector económico particular para garantizar el derecho a la competencia y proteger un interés general específico de un sector calificado como servicio público. Este concepto abarcaría, por ejemplo, las propuestas de normas de carácter técnico especializado, como lo serían los proyectos de resoluciones expedidas por las comisiones de regulación.

Es importante destacar que los referidos proyectos se limitarían a los actos administrativos de carácter general y abstracto, pues una interpretación que incluyera también a los de contenido particular y concreto haría ineficaz e ineficiente la actividad de la administración, toda vez que implicaría que todos los actos administrativos, aun los que corresponden a una situación concreta o particular, tendrían que ser publicados y sujetos a un periodo de observaciones antes de su promulgación definitiva, lo cual haría irrazonablemente lenta la actividad estatal. Para el efecto, las normas del CPACA consagran expresas disposiciones para que en la actuación de la administración de contenido particular sean citadas las personas que puedan verse afectadas por la futura decisión, con el fin de garantizar sus derechos.

Por su parte, si la expresión “proyectos específicos de regulación” se determina a la luz del sentido general del término regulación, **debe concluirse que dichos proyectos hacen referencia a la propuesta de norma jurídica que busca expedir la autoridad administrativa, sin que se limite o restrinja únicamente a la regulación económica-social.**

A juicio de la Sala, esta aproximación es la que debe acogerse, pues: i) es coherente y hace efectivo el principio democrático y la democracia participativa que acoge la Constitución de 1991, ii) está acorde con una interpretación sistemática de otras normas del ordenamiento nacional, iii) materializa los principios de transparencia, publicidad, participación, eficacia y seguridad jurídica que guían la actividad administrativa, iv) es afín con los conceptos de gobernanza y buen gobierno, y v) permite mejorar la calidad regulatoria en Colombia [...]

De igual manera, la Sala de Consulta y Servicio Civil destacó la posibilidad de restringir la exigencia de este deber cuando: (i) exista ley especial en la materia y (ii) se trate de procedimientos militares o de policía que requieran decisiones de ejecución inmediata a efectos de evitar o remediar perturbaciones del orden público en los aspectos de defensa nacional, seguridad, tranquilidad, salubridad, y circulación de personas y cosas.

Por su parte, en lo que se refiere al plazo para la recepción de las observaciones, la misma Sala sostuvo que debe fijarse buscando alcanzar un equilibrio que permita la más amplia participación ciudadana posible sin que ello repercuta negativamente o demore en exceso el normal desarrollo de las competencias de las autoridades administrativas. Por tal motivo, estimó que, en tales casos, se

el funcionario encargado de administrar justicia encuentra ajustados los razonamientos aducidos en tales conceptos.



debe garantizar que la sociedad pueda intervenir durante un periodo que resulte razonable, proporcional y adecuado¹²⁵.

Conforme con lo anterior, el Título 2.º de la Parte 1.º del Libro 2.º del Decreto 1081 de 2015, «[p]or medio del cual se expide el Decreto Reglamentario Único del Sector Presidencia de la República», previó unas directrices generales de técnica normativa a las cuales se deben sujetar, entre otras autoridades, «**los ministerios y departamentos administrativos** que en razón a sus funciones deben preparar **proyectos de decretos** y resoluciones **para la firma del Presidente de la República**»¹²⁶.

Algunas disposiciones de este decreto reglamentario único fueron modificadas o adicionadas por el Decreto 270 de 2017¹²⁷, concretamente, en relación con la participación de los ciudadanos o grupos de interesados en la elaboración de proyectos específicos de regulación. Este, en su artículo 1.º, sustituyó el artículo 2.1.2.1.14 del Decreto 1081 de 2015¹²⁸, y preceptuó, respecto de la publicidad de los proyectos específicos de regulación, lo siguiente:

«Artículo 2.1.2.1.14. Publicidad de los proyectos específicos de regulación expedidos con firma del Presidente de la República. Con el fin de que los ciudadanos o grupos de interés participen en el proceso de producción normativa, a través de opiniones, sugerencias o propuestas alternativas, los proyectos específicos de regulación elaborados para la firma del Presidente de la República deberán publicarse en la sección de Transparencia y Acceso a la Información Pública del sitio web del Ministerio o departamento administrativo que los lidere, por lo menos durante quince (15) días calendario, antes de ser remitidos a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

Excepcionalmente, la publicación podrá hacerse por un plazo inferior, siempre que el Ministerio o el Departamento Administrativo lo justifique de manera adecuada. En cualquier caso, el plazo deberá ser razonable y ajustado a la necesidad de la regulación.

Parágrafo 1º. Para los efectos de este título, entiéndase como “proyecto específico de regulación” todo proyecto de acto administrativo de contenido general y abstracto que pretenda ser expedido por la autoridad competente.

¹²⁵ Al respecto, adujo que «[...] la autoridad, para no violentar el principio de transparencia y ser consecuente con los principios que guían la actividad administrativa, especialmente los de celeridad, economía, eficiencia y eficacia, y para no paralizar o afectar de forma inconveniente la actividad de la administración y lograr la satisfacción oportuna de los fines del Estado, debe establecer un plazo razonable, proporcional y adecuado, especialmente en situaciones que requieran una pronta actuación o decisión, para recibir las observaciones de los interesados. En este caso, se considera necesaria una motivación reforzada que acredite y justifique la legalidad del término [...]». *Ibid.*

¹²⁶ D. 1081/2015, art. 2.1.2.1.3. (Negrita fuera de texto).

¹²⁷ «Por el cual se modifica y se adiciona el Decreto número 1081 de 2015, Decreto Único Reglamentario de la Presidencia de la República, en relación con la participación de los ciudadanos o grupos de interesados en la elaboración de proyectos específicos de regulación».

¹²⁸ Lo cual corresponde a la versión vigente para la época de expedición del Decreto 26 del 9 de enero de 2018, teniendo en cuenta que esta disposición fue modificada por el artículo 2.º del Decreto 1273 de 2020.



Parágrafo 2°. La publicación de cada proyecto específico de regulación se hará junto con la de un Soporte Técnico.

Dicho Soporte deberá contener, como mínimo, la siguiente información: los antecedentes y las razones de oportunidad y conveniencia que justifican la expedición de la norma; su ámbito de aplicación y los sujetos a quienes va dirigida; un estudio preliminar sobre la viabilidad jurídica de la disposición; un estudio preliminar sobre su posible impacto económico y un estudio preliminar sobre el posible impacto medioambiental o sobre el patrimonio cultural de la Nación, si fuere el caso.

Parágrafo 3°. Los proyectos específicos de regulación que establezcan o regulen un trámite deberán publicarse junto con la Manifestación de Impacto Regulatorio a que se refiere el artículo 39 del Decreto ley número 019 de 2012». (Negrita fuera de texto).

Como se puede observar, el decreto en comento acogió la definición de los proyectos específicos de regulación que fue propuesta por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado y, en ese sentido, dispuso que antes de remitir el borrador del acto administrativo general y abstracto a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, este debía publicarse durante quince días en la sección de Transparencia y Acceso a la Información Pública del sitio web del ministerio o departamento administrativo que los lidere o, excepcionalmente, en un plazo inferior, siempre que esta medida se justifique de manera adecuada.

Por otro lado, en lo relacionado con las excepciones al cumplimiento del anterior deber, el artículo 2.1.2.1.24 del Decreto 1081 de 2015, adicionado por el artículo 6.º del Decreto 270 de 2017¹²⁹, estableció lo que se transcribe a continuación:

«Artículo 2.1.2.1.24. Excepciones al deber de publicar proyectos de regulación. De conformidad con lo previsto en el artículo 2.º de la Ley 1437 de 2011, la publicación a que se refieren los artículos 2.1.2.1.14 y 2.1.2.1.23 de este Decreto no aplica en los siguientes casos:

1. Cuando se trate de 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.
2. En los casos de reserva o clasificación de la información señalados por la Constitución y la Ley, incluidos los previstos en las Leyes 1712 de 2014 y 1755 de 2015.
3. En los demás casos expresamente señalados en la ley».

Ahora bien, acerca de lo anterior es necesario precisar que no hay que confundir el deber de darle publicidad de los proyectos específicos de regulación con el de consulta previa, al que antes se hizo alusión como uno de los ejemplos en los

¹²⁹ Esta disposición fue modificada por el artículo 4.º del Decreto 1273 de 2020.



que la ley establece un requisito formal que es esencial para la validez de los actos administrativos, pues, si bien ambos tienen fundamento constitucional en el principio de democracia participativa, se trata de instituciones autónomas que se estructuran bajo circunstancias diferentes y con sujeción a sus propias reglas¹³⁰.

En ese sentido, para que el incumplimiento de la obligación de publicar los mencionados proyectos conduzca a la nulidad del respectivo acto administrativo de carácter general, es necesario acudir al mecanismo de la ponderación, y así determinar la trascendencia de la afectación de la dimensión formal del acto, que se vea representada en la posibilidad real de haberse tomado una decisión diferente si la formalidad omitida o incumplida hubiese sido observada¹³¹.

2.4. Caso concreto

En este problema jurídico la Sala considera que también le asiste razón a la parte demandante, porque tal y como se dijo con anterioridad, el artículo 2.1.2.1.14 del Decreto 1081 de 2015, en su versión sustituida por el artículo 1.º del Decreto 270 de 2017, vigente para la época de expedición de la norma acusada, previó expresamente el deber de publicar los proyectos específicos de regulación a los que hace referencia el numeral 8.º del artículo 8.º del CPACA, entendidos estos como «todo proyecto de acto administrativo de contenido general y abstracto que

¹³⁰ Para los efectos del caso *sub examine*, basta con señalar que la consulta previa es un derecho fundamental cuya titularidad reside en los grupos étnicos del país, del cual hacen parte las comunidades indígenas, negras, afrocolombianas, raizales, palenqueras y gitanas. Aquel supone el deber de consultar a los pueblos interesados cuando se prevean acciones legislativas o administrativas capaces de afectarlos directamente en su integridad, costumbres, tradiciones, territorio, supervivencia física y otros aspectos. Al respecto puede consultarse la sentencia del 8 de marzo de 2018, proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, radicación 13001-23-33-000-2017-00677-01(AC). La finalidad del derecho a la consulta previa consiste en propiciar un acuerdo o lograr el consentimiento de las comunidades interesadas respecto de las propuestas. En relación con su alcance, la Corte Constitucional ha señalado que no se agota en la divulgación de información sino que trasciende a una participación mucho más activa con ocasión de la cual las comunidades puedan, materialmente, manifestar su posición respecto de la medida a adoptar de manera tal que pueda incidir en la determinación que asuma el Estado. Por ello, ha precisado tal Corporación que «[...] Cuando no sea posible el acuerdo o la concertación, la decisión de la autoridad debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo; en consecuencia debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena. En todo caso deben arbitrarse los mecanismos necesarios para mitigar, corregir o restaurar los efectos que las medidas de la autoridad produzcan o puedan generar en detrimento de la comunidad o de sus miembros [...]» (Corte Constitucional, sentencia SU- 039 de 1997).

¹³¹ Así lo ha señalado también la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, que ha indicado que de la redacción del numeral 8.º del artículo 8.º del CPACA, que en su inciso final preceptúa que «en todo caso la autoridad adoptará autónomamente la decisión que a su juicio sirva mejor el interés general», no puede concluirse que la pretermisión de este requisito dé lugar necesariamente a la nulidad de los actos administrativos que finalmente se profieran, pues la norma da a entender que la voluntad administrativa «no está vinculada por las opiniones dadas por los particulares en el trámite de la expedición de las regulaciones mencionadas»: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 7 de mayo de 2020, rad. 11001-23-27-000-2013-00029-00 (20498).



pretenda ser expedido por la autoridad competente», cuando estos emanen de los ministerios y de los departamentos administrativos y que requieran la firma del presidente de la República.

En ese sentido, no son de recibo los argumentos de las entidades demandadas sobre la inexistencia de este deber de publicación previa en el presente asunto, por cuanto la expedición del Decreto 26 de 2018 se enmarca en el ámbito de aplicación de las directrices de técnica normativa para la emisión de los proyectos de decretos para la firma del presidente y también se subsume en el supuesto del artículo 2.1.2.1.14 del Decreto 1081 de 2015, sustituido por el artículo 1.º del Decreto 270 de 2017. Igualmente, a partir de la expedición de esta última disposición, esta Subsección estima que no resulta aplicable lo indicado por el Ministerio Público con sustento en una sentencia de la Sección Quinta emitida el 21 de julio de 2016, toda vez que la norma reglamentaria posterior aclaró que el procedimiento de publicidad previa debía ser cumplido en la emisión de cualquier acto administrativo general de los antes mencionados, con excepción de los señalados en el artículo 2.1.2.1.24, entre los cuales no es posible encuadrar al decreto acusado.

Ahora, respecto de los documentos que según el Ministerio de Relaciones Exteriores se publicaron en el sitio web de esa entidad y que darían cuenta del cumplimiento de este requisito de publicidad previa del Decreto 26 de 2018, hay que decir que el enlace indicado por esa entidad (https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/FOTOS2018/decreto_talento_humano_enero_2018.pdf) permite observar el borrador del decreto sin numeración y fecha en los tres primeros folios, el cual está acompañado de un documento de un solo folio denominado «memoria justificativa», firmado por el jefe encargado de la Oficina Asesora Jurídica Interna, en el que se exponen algunas razones que motivaron la expedición de la norma, tal y como se transcribe a continuación:

«MEMORIA JUSTIFICATIVA

PROYECTO: "Por medio del cual se reglamenta el Decreto Ley 274 de 2000 "Por el cual se regula el Servicio Exterior de la República y la Carrera Diplomática y Consular"

- El Artículo 31 del Decreto-Ley 274 de 2000 reguló con carácter especial las siguientes disposiciones para el ascenso a Embajador: 1. Entiéndase por cupo el número de funcionarios que pueden estar escalafonados en la categoría de Embajador. 3. [sic] El ascenso a la categoría de Embajador sólo procederá cuando, cumplidos los requisitos, hubiere disponibilidad dentro del cupo asignado a la categoría de Embajador a la cual se aspira. 4. Una vez existiere la disponibilidad dentro del cupo respectivo, el funcionario aspirante al ascenso será promovido a la categoría de Embajador en el orden en que hubiere cumplido el tiempo de servicio establecido para la categoría de Ministro Plenipotenciario.
- En el servicio exterior existe un número de 55 cargos de embajadores.



- Existe en la Cancillería un número de 49 funcionarios inscritos en el escalafón de la carrera diplomática y consular y uno de la planta interna en trámite de ascenso con el cumplimiento de los requisitos, a quienes se les generaron derechos adquiridos irrenunciables, los cuales terminan hasta el momento de su retiro en las condiciones de que habla el artículo 70 del Decreto-Ley 274 de 2000.
- Si se tiene un número superior de funcionarios inscritos en la categoría de embajador, que puedan ocupar cargos de embajador en el Servicio exterior tal como lo indicó la Corte Constitucional en sentencia C-292-01 de 16 de marzo de 2001 de la Corte Constitucional [sic] lo cual armoniza la regla general del artículo 125 y la potestad del Presidente de la República prevista en el numeral 2 del artículo 189 y particularmente porque este cupo tiene criterios de razón suficiente ya que supera en un 77% lo indicado por la corte y de esta manera se garantiza el ascenso de los funcionarios a la categoría de embajador.
- El artículo 31 del Decreto-Ley 274 establece un requisito especial y es el cupo lo cual a diferencia de las demás categorías, puede ascender a la categoría de Embajador cuando esté por debajo el cupo indicado para el ascenso sin que esto represente un desconocimiento de los derechos de carrera, aspecto que se confirma por lo indicado en el párrafo único del artículo 34 al indicar que se exceptúa el término de permanencia de los 4 años, a los funcionarios escalafonados en la categoría de Ministro Plenipotenciario que, habiendo cumplido los requisitos para ascender a la categoría de Embajador, no hubieren ascendido en virtud de la situación prevista en el artículo 31 numeral 3 del decreto 274 de 2000, referente a los cupos.
- Que se hace necesario adicionar el Título 7 en la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1067 de 2015, "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario Administrativo de Relaciones Exterior" estableciendo el cupo de funcionarios de la Carrera Diplomática y Consular de la República que pueden estar escalafonados en la categoría de Embajador de que trata el Artículo 31 del Decreto Ley 274 de 2000.

La presente memoria justificativa se firma el día 27 de diciembre de 2017.

(Con firma)
JOHN ALEXANDER SERRANO BOHÓRQUEZ
Jefe Oficina Asesora Jurídica Interna (E)».

Frente a esto, se resalta que ese documento no se encuentra en el enlace de proyectos normativos de la sección de «Transparencia y Acceso a la Información Pública» de la página de internet del ministerio (<https://www.cancilleria.gov.co/proyectos-normativos>)¹³², tal y como lo manda el artículo 2.1.2.1.14 del Decreto 1081 de 2015, sustituido por el artículo 1.º del Decreto 270 de 2017, y la memoria justificativa no se refiere a lo ordenado en el

¹³² Consultado el 23 de agosto de 2021.



numeral 7.º del artículo 2.1.2.1.6 *ibidem* (en su versión sustituida por el artículo 4.º del Decreto 270 de 2017) que preveía lo siguiente:

«Artículo 2.1.2.1.6. Memoria justificativa. Los proyectos de decreto y resolución proyectados para la firma del Presidente de la República deberán remitirse con la firma del Ministro o Director del Departamento Administrativo correspondientes a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, acompañados de una memoria justificativa que contenga:

[...]

7. El cumplimiento de los requisitos de consulta y publicidad previstos en los artículos 2.1.2.1.13 y 2.1.2.1.14 del presente Decreto, cuando haya lugar a ello.

En caso de que la entidad no haya publicado el proyecto específico de regulación por el término previsto en el primer inciso del artículo 2.1.2.1.14, en la memoria justificativa deberá explicar las razones que le impidieron hacerlo. [...]». (Negrita fuera de texto).

Por lo anterior, esta Subsección considera que con la publicación de la información contenida en el enlace indicado por el Ministerio de Relaciones Exteriores no se cumplió con el deber previsto en las directrices de técnica normativa previamente enunciadas. Sin embargo, tal y como lo señalaron las entidades demandadas y como se advirtió en los acápites previos, la sola constatación del incumplimiento de este deber de publicación de los proyectos específicos de regulación, al tratarse de un aspecto formal de procedimiento, no genera automáticamente la nulidad del acto administrativo, pues es necesario constatar que dicha situación tuvo trascendencia en la afectación de principios o derechos, para lo cual debe realizarse un ejercicio de ponderación.

En este asunto se presentó una colisión entre los principios de participación ciudadana y de eficacia en la función administrativa. En ese sentido, inicialmente debe decirse que aquí se considera que el grado de afectación de la participación ciudadana fue intenso, toda vez que, con el Decreto 26 de 2018, el Gobierno Nacional previó reglas que modificaron una situación jurídica que no había cambiado desde la declaración de inexequibilidad del numeral 2.º del artículo 31 del Decreto Ley 274 de 2000 en la sentencia C-292 de 2001, y sobre la cual, por tratarse de un asunto reservado al legislador, la eventual participación de los interesados en el asunto hubiera podido permitir atender argumentos acerca de la imposibilidad de regular la materia mediante un reglamento y así, posiblemente, el acto administrativo no habría nacido a la vida jurídica.

Por su parte, de declararse la nulidad de los actos acusados por la razón esgrimida por la parte demandante, el grado de afectación del principio de eficacia de la función administrativa sería leve, ya que el acto administrativo no se encuentra vigente y además está viciado de nulidad por la causal de falta de competencia.



Frente al peso abstracto del principio de participación ciudadana implícito en la regla de publicación de los proyectos específicos de regulación, esta Sala de Subsección estima que es medio, por cuanto, como ya se dijo, de la redacción de la norma legal antes mencionada se puede deducir que la publicación previa del acto administrativo de carácter general no es un requisito de su esencia, porque en todo caso la administración puede tomar unilateralmente la decisión que considere legal o conveniente, para declarar la nulidad de los actos acusados. Por su parte, respecto del principio de eficacia, también se valora con un peso medio, toda vez que su aplicación se ve condicionada por normas de diferente rango, que conducen la actuación administrativa con las garantías de los derechos de los administrados.

Finalmente, en lo referido a la certeza de las apreciaciones sobre los hechos del caso, se reitera que durante cerca de diecisiete años no se emitió ningún reglamento estableciendo el cupo de funcionarios que podían estar catalogados en la categoría de embajador, y a pesar de esta circunstancia, no se dio a conocer a la ciudadanía en general, y a quienes tenían expectativas de ascenso a ella en el 2018, en particular, acerca de la intención del Gobierno de modificar el ordenamiento jurídico en esta materia. Por esto, cabe concluir que en este caso pesa más el principio de participación ciudadana y, por ello, la omisión del requisito de publicidad previa en el caso concreto tiene la trascendencia necesaria para invalidar el Decreto 26 de 2018.

En conclusión: El Decreto 26 de 2018 fue expedido irregularmente por la pretermisión del trámite de publicidad previa al que se debió sujetar y por la trascendencia que tuvo el incumplimiento de este requisito formal de procedimiento, de acuerdo con lo señalado en el numeral 8.º del artículo 8.º del CPACA, y en el artículo 2.1.2.1.14 del Decreto 1081 de 2015, sustituido por el artículo 1.º del Decreto 270 de 2017.

3. Tercer problema jurídico

¿El acto administrativo demandado fue falsamente motivado respecto de las consideraciones de la Corte Constitucional en la sentencia C-292 de 2001 sobre el cupo de embajadores en la carrera diplomática y consular?

Tesis de la Sala: El acto administrativo demandado no fue falsamente motivado, porque este refleja las consideraciones de la Corte Constitucional en la sentencia C-292 de 2001 sobre el cupo de embajadores en la carrera diplomática y consular.

En la solución de este problema la Sala analizará lo siguiente: (3.1) el vicio de nulidad por falsa motivación y (3.2) el caso concreto.



3.1. El vicio de nulidad por falsa motivación

El vicio de falsa motivación de los actos administrativos se configura cuando las razones de hecho o de derecho invocadas en su fundamentación, son contrarias a la realidad. Sobre el particular, esta Subsección ha indicado que los tres elementos indispensables para que se configure esta causal de nulidad son¹³³:

(a) La existencia de un acto administrativo motivado total o parcialmente, pues de otra manera estaríamos frente a una causal de anulación distinta (por ejemplo, expedición en forma irregular).

(b) La presencia de una evidente divergencia entre la realidad fáctica y jurídica que induce a la producción del acto y los motivos argüidos o tomados como fuente por la administración pública o la calificación de los hechos.

(c) La efectiva demostración por parte del demandante del hecho de que el acto administrativo se encuentra falsamente motivado.

Así las cosas, el vicio de nulidad en comento se configura cuando se expresan los motivos de la decisión total o parcialmente, pero los argumentos expuestos no están acordes con la realidad fáctica y jurídica, lo cual, en todo caso, no implica que para la ocurrencia de la causal deba existir la intención de engañar por parte de quien expide el acto administrativo, ya que basta el error para su materialización¹³⁴.

3.2. Caso concreto

Frente a este problema jurídico, la Sala estima pertinente transcribir la motivación del acto administrativo demandado y así se procede a continuación:

«DECRETO 026 DEL 9 DE ENERO DE 2018

Por medio del cual se adiciona el Título 7 en la Parte 2 del Libro 2 del Decreto número 1067 de 2015 “por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Relaciones Exteriores”.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

En ejercicio de sus facultades constitucionales, en especial las conferidas por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, y

CONSIDERANDO:

¹³³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 17 de marzo de 2016, rad. 11001-03-25-000-2012-00317-00 (1218-12).

¹³⁴ Cfr. Miguel Largacha Martínez y Daniel Posse Velásquez, *op. cit.*, p. 166.



Que el artículo 209 de la Constitución Política establece que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones;

Que el Decreto ley 274 del 22 de febrero de 2000, regula el Servicio Exterior de la República y la Carrera Diplomática y Consular;

Que el artículo 26 del Decreto ley 274 de 2000, determina los requisitos que deben cumplir los funcionarios inscritos en la carrera Diplomática y Consular de la República para ascender en el escalafón así: *“...a. Solicitud del interesado dirigida a la Comisión de Personal de la Carrera Diplomática y Consular y presentada en la Dirección del Talento Humano, en su calidad de Secretaría de dicha Comisión. b. Tiempo de servicio cumplido, según lo consagrado en el artículo 21 del decreto en mención. c. Aprobación del examen de idoneidad profesional dentro del año inmediatamente anterior a aquel en el cual se cumpla el tiempo de servicio a que hubiere lugar según lo previsto en el artículo 27 de este decreto y previa realización del curso de capacitación a que se refiere el artículo 28 de este estatuto”*;

Que el artículo 31 del Decreto ley 274 de 2000 reguló con carácter especial las siguientes disposiciones para el ascenso a Embajador: *“1. Entiéndase por cupo el número de funcionarios que pueden estar escalafonados en la categoría de Embajador. (...) 3. El ascenso a la categoría de Embajador sólo procederá cuando, cumplidos los requisitos, hubiere disponibilidad dentro del cupo asignado a la categoría de Embajador a la cual se aspira. 4. Una vez existiere la disponibilidad dentro del cupo respectivo, el funcionario aspirante al ascenso será promovido a la categoría de Embajador en el orden en que hubiere cumplido el tiempo de servicio establecido para la categoría de Ministro Plenipotenciario”*;

Que mediante Sentencia C-292-01 de 16 de marzo de 2001 de la Corte Constitucional, fue declarado exequible el artículo 31 del Decreto ley 274 de 2000, salvo el numeral 2 del citado artículo, bajo las siguientes consideraciones: *“...En este punto, la Corte debe considerar el cargo de inexecuibilidad presentado contra el artículo 31 del Decreto número 274, en el cual se regulan las condiciones para el ascenso a la categoría de Embajador pues ellas tienen directa relación con el tema que se viene desarrollando. En relación con esta norma, la Corte advierte que ni la definición que se hace del cupo en el numeral primero, ni el condicionamiento del ascenso a la disponibilidad de cargos dispuesta en el numeral tercero, ni la supeditación del ascenso al orden de cumplimiento del tiempo de servicio prevista en el numeral cuarto resultan contrarios a la Carta Política pues con esas disposiciones lo que el Gobierno nacional ha hecho es desarrollar, en puntos específicos, el ámbito al que se circunscriben las facultades extraordinarias conferidas por el Congreso de la República.*

No ocurre lo mismo con el numeral 2 pues la asignación de un cupo de 25 funcionarios pertenecientes a la carrera diplomática y consular para que sólo ellos puedan acceder al cargo de Embajador no guarda correspondencia alguna con el porcentaje mínimo a que se ha hecho referencia. Si el porcentaje de funcionarios de carrera que pueden acceder a ese cargo, porcentaje que el Gobierno nacional ha establecido como legislador extraordinario en el parágrafo del artículo 6, no debe entenderse como un límite máximo sino como un límite mínimo, el numeral segundo del artículo 31 resulta contrario a esa interpretación y en consecuencia a la Carta.

Ello es así porque el cupo fijado, 25 funcionarios de carrera, contraría el alcance y la naturaleza del porcentaje mínimo pues equivale a fijar un porcentaje máximo que



implicaría el desconocimiento del derecho que tienen otros funcionarios de carrera, incluso por encima de ese número, a acceder a los cargos de Embajador y Cónsul General Central. Es decir, la limitación del cupo para los funcionarios que en el sistema de carrera puedan ascender a la categoría de embajador, en proporción tan limitada, impide el efectivo reconocimiento de su derecho a ascender.

Así, el numeral 2 del artículo 31 no consulta los criterios de armonización, ya expresados, entre la regla general del artículo 125 y la potestad del Presidente de la República prevista en el artículo 189.2 y particularmente porque este cupo limitadísimo no consulta los criterios de razón suficiente y proporcionalidad, permitiendo aquí sí la inversión de la relación entre regla general y excepción”;

Que es necesario establecer el cupo de funcionarios de la Carrera Diplomática y Consular de la República que pueden ser escalafonados en la categoría de Embajador de que trata el artículo 31 del Decreto ley 274 de 2000;

Que mediante el Decreto número 1067 de 2015, se expidió el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Relaciones Exteriores,

Que en mérito de lo expuesto [...]».

De lo precedente se puede observar que el Gobierno Nacional se limitó a transcribir algunas disposiciones respecto del ascenso a la categoría de embajador en la carrera diplomática y consular, y asimismo las consideraciones de la Corte Constitucional que fundamentaron la inexecutable del numeral 2.º del artículo 31 del Decreto Ley 274 de 2000, sin que emitiera juicios frente a lo que allí quedó plasmado, más allá de haber señalado que era necesario establecer el cupo de funcionarios que podían estar escalafonados en la categoría de embajador, de acuerdo con la norma legal previamente mencionada.

De esta manera, la Sala estima que no se configuró el vicio de falsa motivación alegado, porque no se observa ningún tipo de tergiversación de lo preceptuado en las normas invocadas en el acto ni de lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-292 de 2001. Por el contrario, los motivos expresados en el Decreto 26 de 2018 son acordes con la realidad fáctica y jurídica que sirvió de justificación para la emisión del acto administrativo acusado.

En conclusión: El acto administrativo demandado no fue falsamente motivado, porque este refleja las consideraciones de la Corte Constitucional en la sentencia C-292 de 2001 sobre el cupo de embajadores en la carrera diplomática y consular.

4. Cuarto problema jurídico

¿El Decreto 26 de 2018 está incurso en la violación de las normas en que debía fundarse por el desconocimiento del artículo 243 de la Constitución, ya que reprodujo el numeral 2.º del artículo 31 del Decreto Ley 274 de 2000, que fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-292 de 2001?



Tesis de la Sala: El Decreto 26 de 2018 no está incurso en la violación de las normas en que debía fundarse, ya que no reprodujo en lo sustancial el numeral 2.º del artículo 31 del Decreto Ley 274 de 2000, que fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-292 de 2001.

Para resolver este problema se analizará lo relativo a: (4.1) La causal de nulidad por la violación de las normas en las que debía fundarse el acto administrativo. (4.2) La cosa juzgada material en sentido estricto respecto de las sentencias de constitucionalidad. (4.3) Caso concreto.

4.1. La causal de nulidad por la violación de las normas en las que debía fundarse el acto administrativo

Esta causal ha sido vista por parte de la doctrina como «genérica»¹³⁵, en la medida en que las demás causales específicas pueden comprenderse dentro de la violación de las normas superiores en las que debería fundarse el acto administrativo, ya que aspectos como la competencia, el procedimiento, los motivos y las finalidades del acto, están señalados en preceptos de mayor jerarquía, que deben ser observados en su expedición¹³⁶.

No obstante, también se ha dicho que, por razones de técnica y respeto a la tradición doctrinaria y jurisprudencial¹³⁷, además de la necesidad de darle una lectura racional y eficaz de la norma¹³⁸, esta causal debe diferenciarse de las demás y, en ese sentido, su aplicación es residual, lo que quiere decir que podrá invocarse si los hechos no encuadran en una causal distinta¹³⁹.

En todo caso, el significado estricto de esta causal ha sido comprendido por la jurisprudencia de esta Corporación¹⁴⁰ como la contravención legal directa de la norma superior en que debía fundarse el acto administrativo, y ocurre cuando se presenta una de las siguientes situaciones: (a) Falta de aplicación, (b) aplicación indebida o (c) interpretación errónea.

¹³⁵ Consuelo Sarria Olcos, Comentario al artículo 137 del CPACA, en: *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo Ley 1437 de 2011 comentado y concordado*, 2.ª ed., Jose Luis Benavides (editor), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016, pp. 373-374.

¹³⁶ De hecho, el artículo 52 de la Ley 130 de 1913, «Sobre la jurisdicción de lo contencioso administrativo», inicialmente preceptuó que la anulación de los actos administrativos procedía por una causal genérica referida a la violación de la Constitución y la ley. Luego, con la sucesiva expedición de las leyes y códigos en materia de lo contencioso administrativo, esa causal derivó en las seis que se aplican en la actualidad.

¹³⁷ Carlos Betancur Jaramillo, *Derecho procesal administrativo*, 8.ª ed., Medellín, Señal Editora, 2013, p. 290.

¹³⁸ Berrocal Guerrero, *op. cit.*, p. 548.

¹³⁹ Pedro Antonio Lamprea Rodríguez, *Anulación de los actos de la administración pública*, 2.ª ed., Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2004, p. 213.

¹⁴⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 15 de marzo de 2012, rad. 25000-23-27-000-2004-92271-02 (16660).



(a) La falta de aplicación de una norma se configura cuando la autoridad administrativa ignora su existencia o, a pesar de que la conoce, pues la analiza o valora, no la aplica a la solución del caso. También sucede cuando se acepta una existencia ineficaz de la norma en el mundo jurídico, toda vez que esta no tiene validez en el tiempo o en el espacio. En los dos últimos supuestos, la autoridad puede examinar la norma, pero cree, equivocadamente, que no es la aplicable al asunto que resuelve. En estos eventos se está ante un caso de violación de la ley por falta de aplicación, no de su interpretación errónea, debido a que la norma, por no haber sido aplicada, no trascendió al caso decidido.

(b) Por su parte, la aplicación indebida tiene lugar cuando las disposiciones jurídicas se emplean a pesar de no ser las pertinentes para resolver el asunto que es objeto de decisión. Este error puede originarse por dos circunstancias: (i) En los casos en los que la autoridad administrativa se equivoca al escoger la norma, por la inadecuada valoración del supuesto de hecho que esta consagra y, (ii) cuando no establece de manera correcta la diferencia o la semejanza existente entre la hipótesis legal y la tesis del caso concreto.

(c) Finalmente, se incurre en este vicio de manera directa al dársele una interpretación errónea a los preceptos aplicados. Esto sucede cuando las disposiciones son las que regulan el tema que se debe decidir, pero la autoridad las entiende equivocadamente y así las aplica. Es decir, ocurre cuando la autoridad administrativa le asigna a la norma un sentido o alcance que no le corresponde¹⁴¹.

4.2. La cosa juzgada material en sentido estricto respecto de las sentencias de constitucionalidad

El artículo 243 de la Constitución Política consagra lo siguiente:

«ARTICULO 243. Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional.

Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución». (Negrita fuera de texto).

Frente al inciso segundo esta disposición, la Corte Constitucional ha señalado que prevé el supuesto de configuración de una cosa juzgada material en sentido estricto, que prohíbe que se introduzcan en el ordenamiento jurídico normas que, en su contenido sustancial, reiteren otras que previamente hayan sido declaradas inconstitucionales por esa Corporación¹⁴². En ese sentido, la Corte ha elaborado

¹⁴¹ *Ibidem*.

¹⁴² Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-259 de 2015.



la siguiente lista de cuatro requisitos que se deben cumplir para afirmar que se ha incurrido en la prohibición en comento¹⁴³:

«(i) Que una norma haya sido declarada previamente inexecutable. (ii) Que el contenido material del texto examinado, sea similar a aquel que fue declarado inexecutable por razones de fondo, teniendo en cuenta el contexto dentro del cual se ubica la norma examinada, en la medida en que su significado y sus alcances jurídicos pueden variar si el contexto es diferente. La identidad se aprecia, entonces, teniendo en cuenta no sólo la redacción de los artículos, sino también el contexto dentro del cual se ubica la disposición demandada, de tal forma que si la redacción es diversa pero el contenido normativo es el mismo a la luz del contexto, se entiende que ha habido una reproducción. Por el contrario, si la redacción es igual pero del contexto se deduce un significado normativo distinto, se entiende que no se realizó dicha reproducción. (iii) Que el texto legal, supuestamente reproducido, haya sido declarado inconstitucional por “razones de fondo”, lo cual hace necesario analizar la *ratio decidendi* del fallo anterior; y (iv) que subsistan las disposiciones constitucionales que sirvieron de fundamento al juicio previo de la Corte».

De esta manera, de cumplirse todos estos requisitos, el acto administrativo que reproduzca la norma declarada inexecutable deberá anularse, pues este estaría violando el mandato dispuesto en el artículo 243 Superior.

4.3. Caso concreto

Esta Subsección considera que le asiste razón a las entidades demandadas en lo relativo a este problema jurídico, toda vez que, si bien se puede afirmar que los dos primeros requisitos señalados por la Corte Constitucional para verificar si se incurrió en la prohibición del inciso segundo del artículo 243 de la Carta, esto es, que existe una norma que previamente fue declarada inexecutable (DL 274/2000, art. 31, n.º 2) y que el contenido material del texto del artículo 1.º del Decreto 26 de 2018 es similar, que no idéntico, al del precepto declarado inconstitucional en la sentencia C-292 de 2001; en lo que tiene que ver con el tercer requisito, respecto de las razones de fondo y la *ratio decidendi* de la decisión de inexecutable, no existe una emulación en la norma reglamentaria del contenido normativo reprochado por la Corte.

En ese sentido, se recuerda que la razón que llevó a la declaración de inconstitucionalidad del cupo de veinticinco funcionarios que podían estar escalafonados en la categoría de embajador era su número reducido, el cual, en la práctica, implicaba que el porcentaje mínimo de funcionarios de carrera que deben ocupar los cargos de embajador se transformaba en un límite máximo, dada la poca disponibilidad de embajadores de carrera que se derivaría de un cupo tan limitado.

¹⁴³ Corte Constitucional, sentencias C-774 de 2001, C-1173 de 2005, C-284 de 2011, C-073 de 2014, C-166 de 2014 y C-259 de 2015.



Así pues, partiendo de la base de lo afirmado por el Ministerio de Relaciones Exteriores acerca de que en el momento de expedición del Decreto 26 de 2018 existían sesenta cargos de embajador, el cupo de cincuenta funcionarios que podían estar escalafonados en la categoría con la misma denominación resulta razonable, teniendo en cuenta que, en el hipotético caso de que todos los embajadores de carrera ocuparan los cargos de embajador, estos representarían cerca del 83% de esos empleos, lo que demuestra que el Gobierno Nacional tendría un margen suficiente para superar el mínimo del 20% de funcionarios de carrera que deben ejercer en esos cargos.

De esta manera, al no haberse desconocido la *ratio decidendi* de la sentencia C-292 de 2001, no puede afirmarse que el Decreto 26 de 2018 reprodujo el numeral 2.º del artículo 31 del Decreto Ley 274 de 2000, que fue declarado inexecutable.

En conclusión: El Decreto 26 de 2018 no está incurso en la violación de las normas en que debía fundarse, ya que no reprodujo en lo sustancial el numeral 2.º del artículo 31 del Decreto Ley 274 de 2000, que fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-292 de 2001.

5. Quinto problema jurídico

¿El decreto demandado transgredió el ordenamiento superior al infringir los artículos 29, 53 y 83 de la Constitución Política, que consagraron los derechos al debido proceso y al trabajo, además del principio de buena fe, expresado como la confianza legítima de los funcionarios de la carrera diplomática y consular que tenían la expectativa de ascender a la categoría de embajador?

Tesis de la Sala: Con la expedición del decreto demandado, el Gobierno Nacional transgredió el ordenamiento superior al desconocer el principio de confianza legítima de los funcionarios de la carrera diplomática y consular que tenían la expectativa de ascender a la categoría de embajador, en la medida en que este acto administrativo introdujo un cambio intempestivo o inesperado en la regulación jurídica del número de cupos para tales efectos.

Para resolver este problema se estudiarán los siguientes temas: (5.1) El principio de confianza legítima. (5.2) Caso concreto.

5.1. El principio de confianza legítima

El principio de confianza legítima ha sido abordado por la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado al analizar casos en los cuales se presentan cambios en situaciones de hecho o de derecho por parte del



Estado¹⁴⁴, que afectan las situaciones jurídicas particulares. En este sentido, se ha entendido que se trata de una garantía en favor de las personas que restringe la posibilidad de que el aparato estatal, sea legislativo, administrativo o judicial, emita decisiones o modifique situaciones de manera abrupta y sorpresiva, sin adoptar medidas de transición que minimicen los efectos adversos que el cambio de regulación les implica. Es decir, que su alcance no es la de hacer intangibles o inmodificables las diferentes circunstancias fácticas y jurídicas que se puedan presentar, sino de reducir el eventual impacto negativo producido por las variaciones en ellas¹⁴⁵.

En relación con este mandato de optimización, es importante resaltar su íntima relación con los principios de buena fe y seguridad jurídica. El primero cuyo fundamento se encuentra en el artículo 83 de la Constitución Política, enfatiza la necesidad de que los particulares tengan certeza de que las actuaciones de los entes públicos se cumplirán conforme al ordenamiento jurídico¹⁴⁶. Y el segundo, que está íntimamente relacionado con el principio de legalidad, se refiere al respeto de las expectativas de estabilidad bajo las disposiciones que venían rigiendo una determinada situación jurídica.

En ese sentido, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente¹⁴⁷:

«Así pues, en esencia, la confianza legítima consiste en que el ciudadano debe poder evolucionar en un medio jurídico estable y previsible, en el cual pueda confiar. Para Müller, este vocablo significa, en términos muy generales, que ciertas expectativas, que son suscitadas por un sujeto de derecho en razón de un determinado comportamiento en relación con otro, o ante la comunidad jurídica en su conjunto, y que producen determinados efectos jurídicos; y si se trata de autoridades públicas, consiste en que la obligación para las mismas de preservar un comportamiento consecuente, no contradictorio frente a los particulares, surgido en un acto o acciones anteriores, incluso ilegales, salvo interés público imperioso contrario.

Se trata, por tanto, que el particular debe ser protegido frente a cambios bruscos e inesperados efectuados por las autoridades públicas. En tal sentido, no se trata de amparar situaciones en las cuales el administrado sea titular de un derecho adquirido, ya que su posición jurídica es susceptible de ser modificada por la Administración, es decir, se trata de una mera expectativa en que una determinada situación de hecho o regulación jurídica no serán modificadas **intempestivamente**. De allí que el Estado se encuentre, en estos casos, ante la obligación de proporcionarle al afectado un plazo razonable, así como los medios, para adaptarse a la nueva situación». (Negrita fuera de texto).

¹⁴⁴ En este sentido se puede consultar la sentencia C-355 de 2003 de la Corte Constitucional. En lo que tiene que ver con esta Corporación pueden consultarse, entre otras sentencias, la del 31 de octubre de 2019 de esta Subsección, rad. 13001-23-31-000-2011-00455-01(3960-14) y de la Sección Cuarta del 26 de septiembre de 2016, rad. 11001-03-15-000-2016-00038-01(AC).

¹⁴⁵ Corte Constitucional, sentencia T-566 de 2009.

¹⁴⁶ Corte Constitucional, sentencia T-267 de 2012.

¹⁴⁷ Corte Constitucional, sentencia C-131 de 2004.



En síntesis, es plausible concluir que el principio de confianza legítima busca proteger a las personas frente a los cambios bruscos e inesperados de las actuaciones de las autoridades. Este se convierte en un deber jurídico de la administración frente a los administrados, que debe atender en el ejercicio de la potestad de expedir actos administrativos, particulares o generales, y a través de ellos crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas.

5.2. Caso concreto

La Sala estima que en la expedición del Decreto 26 de 2018 sí se desconoció el principio de confianza legítima, toda vez que, tal y como se advirtió en la solución de los dos primeros problemas jurídicos de esta sentencia, sobre las causales de nulidad de falta de competencia y expedición irregular, el Gobierno Nacional emitió el acto administrativo acusado para reglamentar un asunto reservado al legislador y, además, de manera intempestiva, sin darle participación en su configuración a la ciudadanía y a los funcionarios de la carrera diplomática y consular, y sin que frente a este existieran antecedentes reglamentarios en los diecisiete años posteriores a la declaración de inexequibilidad del numeral 2.º del artículo 31 del Decreto Ley 274 de 2000, lo que razonablemente hace suponer que quienes tenían la expectativa de ascender a la categoría de embajador en el 2018, esperaran que el número de cupos para tales efectos solo pudiera ser definido por el legislador.

En ese orden de ideas, frente a las apreciaciones del Ministerio de Relaciones Exteriores sobre la eliminación de la facultad de libre nombramiento y remoción de los embajadores por parte del presidente de la República, **se reitera que esta procede respecto de los cargos de embajador y no de la categoría que tiene la misma denominación**, pues los funcionarios que alcanzan esta última, como ya se ha dicho, pueden ocupar cargos diferentes en el servicio exterior o en la planta interna de la Cancillería.

De esa manera, esta Subsección estima que el Gobierno Nacional debió, como mínimo, socializar su intención de adoptar esta medida para que quienes se pudieran ver afectadas con ella, ajustaran sus expectativas frente a la posibilidad de ascender a la categoría superior del escalafón de la carrera diplomática y consular durante el año 2018, lo cual, al no haberse realizado, produjo un cambio brusco e inesperado que también vició de nulidad el Decreto 26 de 2018.

En conclusión: Con la expedición del decreto demandado, el Gobierno Nacional transgredió el ordenamiento superior al desconocer el principio de confianza legítima de los funcionarios de la carrera diplomática y consular que tenían la expectativa de ascender a la categoría de embajador, en la medida en que este acto administrativo introdujo un cambio intempestivo o inesperado en la regulación jurídica del número de cupos para tales efectos.



IX. DECISIÓN

Por las anteriores consideraciones se accederá a la pretensión de la demanda presentada por el señor Mario Andrés Sandoval Rojas y se declarará la nulidad del Decreto 26 de 2018.

En todo caso, la Sala advierte que, de conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación¹⁴⁸, la nulidad no afecta los derechos adquiridos ni a las situaciones jurídicas consolidadas con base en el acto administrativo acusado.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

Primero: Declarar la nulidad del Decreto 26 del 9 de enero de 2018 proferido por el Gobierno Nacional.

Segundo: Reconózcase personería para actuar en este proceso a la abogada Adriana Marcela Ortega Moreno, identificada con la cédula de ciudadanía 1.013.607.950, portadora de la tarjeta profesional 273-576 del CSJ, como apoderada del DAFP de conformidad con el poder que obra en el índice 43 del expediente digital de este trámite¹⁴⁹.

Tercero: Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático «Justicia Siglo XXI».

¹⁴⁸ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 31 de mayo de 1994, rad. 7245; Sección Cuarta, sentencia del 23 de marzo de 2001, rad. 76001-23-24-000-1997-4782-01(11598); Sala Plena, Sala Cuarta Especial de Decisión, sentencia del 4 de diciembre de 2018, rad. 66001-33-31-002-2007-00107-01(AG)REV; Sala Diecinueve Especial de Decisión, sentencia del 1 de octubre de 2019, rad. 66001-23-33-003-2012-00007-01(AG)REV; y Sección Cuarta, sentencia del 6 de agosto de 2020, rad. 08001-23-31-002-2012-00292-01(22384), entre otras.

¹⁴⁹ De acuerdo con el certificado n.º 552120 del 24 de agosto de 2021, de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, la abogada no tiene ningún tipo de sanción que la inhabilite para actuar en este proceso.



Radicado: 11001032500020180030200 (1046-2018)
Demandante: Mario Andrés Sandoval Rojas

Notifíquese y cúmplase

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

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

La anterior manifestación fue firmada electrónicamente. La autenticidad e integridad de su contenido pueden ser validadas escaneando el código QR que aparece a la derecha, o accediendo a la dirección <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/> donde deberá ingresar el código alfanumérico que aparece en el acto de notificación o comunicación.

