



101

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER**  
Magistrado ponente **CARLOS MARIO PEÑA DÍAZ**  
San José de Cúcuta, veinticinco (25) de Junio de dos mil quince (2015)

**Ref. :** Radicado : N° 54-001-33-33-006-2015-00035-01  
Acción : Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
Demandante : José Antonio Anaya Attalla  
Demandado : Comisión Nacional del Servicio Civil.

En atención al informe secretarial que antecede (fl. 100), procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada en contra del auto proferido por el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Cúcuta el día 12 de febrero de 2015, a través del cual se **decretó Medida Cautelar** de Suspensión de la Convocatoria No. 0276 de 2013 para Contralorías Territoriales –Norte de Santander-, con respecto al empleo No. 203131 para el cargo de Profesional Especializado, Código 222, grado 09 para la Contraloría Departamental del Norte de Santander.

**1.- EL AUTO APELADO**

Se trata del auto proferido por el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Cúcuta del 12 de febrero de 2015 (fls. 15-19), por medio del cual se **decretó Medida Cautelar** de Suspensión de la Convocatoria No. 0276 de 2013 para Contralorías Territoriales –Norte de Santander-, con respecto al empleo No. 203131 para el cargo de Profesional Especializado, Código 222, grado 09 para la Contraloría Departamental del Norte de Santander.

Para sustentar su decisión, la Jueza A quo señaló que se encontró acreditado el requisito de la apariencia del buen derecho, advirtiendo que se vislumbraba la violación de la norma superior con la sola confrontación con el acto demandado. En este sentido, consideró que a pesar de que el actor no tenía título de posgrados, la ordenanza 022 de 2000 incluyó la equivalencia entre estudios y experiencia, pudiendo equivaler el título de posgrado a dos años de experiencia.

Frente a la ponderación de derechos y la presentación de pruebas, el Despacho de primera instancia asevera que la no admisión del actor al proceso de selección y la consecuente exclusión del mismo, conllevó la pérdida de la oportunidad de concursar, generándole una infracción a su derecho a laborar, al mínimo vital y a la salud, tal y como encontró probado en el expediente.

Finalmente, se consideró que de no suspenderse el concurso de méritos en cuanto al cargo que ocupa el demandante, se le causarían perjuicios irremediables, teniendo en cuenta la edad del mismo, su capacidad para conseguir otro trabajo en equivalencia de sus capacidades, su estado de salud y la no aplicación de una norma pertinente a su caso concreto.

## 2.- EL RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la Comisión Nacional del Servicio Civil señala en su apelación<sup>1</sup> que no se configuran los requisitos establecidos en el artículo 231 del CPACA para decretar la medida cautelar, considerando que no se ha violado ninguna norma superior con la expedición de los actos administrativos cuestionados, ni se ha causado perjuicio injustificado al demandante.

En efecto, resalta en primer lugar que la suspensión provisional de la convocatoria # 0276 del 2013 y del oficio mencionado debe ser rechazada, debido a que los actos administrativos demandados no infringen manifiesta, ni remota, ni eventualmente ninguna de las normas invocadas por el accionante. En este sentido, resalta que los argumentos esbozados por el demandante para solicitar la medida cautelar son errados, puesto que la exclusión del señor José Antonio Anaya de la convocatoria 276 de 2013 se da como consecuencia de la falta de cumplimiento de los requisitos mínimos exigidos para el empleo identificado con el código OPEC 203131, denominado profesional universitario 222-09 de la Contraloría Departamental del Norte de Santander, pues el mismo no acreditó el título de postgrado, en la especialización requerida por el OPEC del empleo, en el que no se contempló la aplicación de equivalencias.

---

<sup>1</sup> Folios 29-48 del Cuaderno de Medidas Cautelares.

102

Además, se indica que las equivalencias planteadas entre estudios y experiencias según el artículo 25 del Decreto 785 de 2005, no son obligatorias para todos los empleos, puesto que la autoridad competente para adoptar o modificar el manual de funciones, requisitos mínimos y competencias laborales, puede considerar o no la aplicación de las equivalencias, prescindiendo de las mismas o establecerlas de manera específica, como lo señala el artículo 26 del mismo Decreto, al igual que lo previsto en el artículo 23 de la ordenanza No. 018 de 2008 de la Asamblea Departamental.

Al respecto, señala que si la Comisión Nacional del Servicio Civil hubieren acogido la hipótesis del demandante, aceptando el requisito de estudio exigido por la equivalencia de la experiencia aportada por el mismo, incurriría en la violación de las normas que rigen el concurso de méritos, pues implicaría reconocer que existe una equivalencia entre estudios y experiencia que de acuerdo a las definiciones normativas no tiene esa calidad y se vulnerarían los principios del concurso de méritos, permitiendo el acceso a la carrera administrativa de personas que no cumplen los requisitos exigidos para ejercer al empleo, lo cual vulneraría el art. 29 de la Constitución y el principio de mérito previsto en el art. 125 del mismo texto.

A su vez, indica la entidad demandada que el argumento de la parte demandante consistente en que esa entidad vulnera el artículo 29 de la Constitución porque no probó que el señor Anaya Atalla no reunía los requisitos de estudio exigidos, resulta contrario a la realidad pues la carga de la prueba en esta actuación para efectos de acreditar los requisitos del cargo ofertado, son del participante y no de la Comisión. De esta manera, se afirma que ante el incumplimiento del aspirante, se deriva la consecuencia de su exclusión del concurso.

Por su parte se asevera que la medida cautelar debe ser denegada debido a que se solicita la suspensión de los efectos de un oficio expedido por la Comisión Nacional del Servicio Civil, por medio del cual se confirma la decisión contenida en la lista de no admitidos de la Universidad de Medellín, siendo este primer acto administrativo el que origina la exclusión reprochada por la parte actora y no ha sido enjuiciado. Por lo tanto, afirma que si el acto que produjo la exclusión del concurso del demandante no fue demandado y no fue objeto de la presente medida

cautelar, resultaría imperioso desechar el juicio de legalidad del supuesto segundo acto administrativo objeto de la medida deprecada ante la jurisdicción administrativa.

En segunda medida, considera la parte demandada que la medida cautelar de urgencia decretada no resulta procedente, teniendo en cuenta que no se reúnen los requisitos establecidos en el artículo 234 del CPACA para su procedencia, por lo que no había razón para no agotar el procedimiento previsto en el artículo 233 CPACA, teniendo en cuenta que mediante auto del 10 de febrero de 2015 se resolvió correr traslado de la medida por cinco (5) días y sin embargo, antes de agotar el termino de traslado se decretó la medida. En este sentido, añade que la oportunidad para decretar la medida cautelar de urgencia es desde la presentación de la solicitud y sin notificación de la contraparte, por lo que no se podía decretar la medida de urgencia con posterioridad a la notificación de la entidad demandada.

### **3.- TRASLADO DE LOS RECURSOS INTERPUESTOS**

#### **3.1. De la parte demandante**

El apoderado de la parte demandante manifiesta mediante escrito<sup>2</sup> que la exclusión del demandante fue un acto que desconoció y vulneró la normatividad aplicable al asunto, indicando que el error o irregularidad de la parte demandada dentro de la resolución de la situación del aspirante al momento de su reclamación, fue desconocer lo reglado en el artículo 25 del Decreto 785 de 2005, el cual es claro en definir que ante la ausencia del estudio de postgrado, los años superiores a dos años de experiencia profesional en el cargo acreditado, son suficientes para que se homologuen al requisito de estudio de postgrado.

Por lo tanto, considera que existen vicios que conllevan que el oficio del 11 de agosto de 2014 deba ser declarado nulo en todas sus partes y admitir dentro de la convocatoria No. 276 de 2013 al demandante.

---

<sup>2</sup> Ver folios 54-56 del Cuaderno de Medidas Cautelares.

103

#### 4.- CONSIDERACIONES

##### 4.1.- Asunto a resolver

Debe la Sala establecer si se debe o no mantener la medida cautelar decretada por el Juez de primera instancia.

##### 4.2.- Marco Normativo y Jurisprudencial.

La regulación legal de las Medidas Cautelares susceptibles de ser emitidas por parte de los jueces administrativos viene regulada en la Ley 1437 de 2011 –en adelante CPACA- en los artículos 229 al 241, observándose en primer lugar que de conformidad con el artículo 229 CPACA el Juez o Magistrado podrá en todos los procesos declarativos decretar las medidas cautelares que se consideren necesarias para proteger y garantizar provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.

Por su parte, el artículo 230 CPACA preceptúa que las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión y **deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda,** por lo que el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar entre otras medidas la suspensión de un procedimiento o actuación administrativa, **sólo en los casos en los que no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción** o suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.

Se hace necesario también resaltar que el artículo 231 CPACA trae unas reglas que el Juez o Magistrado debe seguir al momento de proceder al estudio y análisis de la solicitud de medida cautelar y eventualmente decretarla. En este sentido, se observa que el CPACA trae unas reglas específicas o especiales para decretar como medida cautelar la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos –medida cautelar históricamente decretada en los procesos ventilados en la jurisdicción administrativa- y otras reglas que se aplican **en los demás casos,** entendiéndose que se aplican cuándo se solicitan medidas cautelares diferentes a la suspensión provisional de los efectos del acto y que enunciativamente pero no taxativamente vienen relacionadas en el artículo 230 del CPACA, como lo es **la suspensión de un procedimiento o actuación**

**administrativa**, impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer; ordenar la adopción de una decisión administrativa; etc.

En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado<sup>3</sup>:

[...] la Sala advierte que de conformidad con el artículo 229 del CPACA, en todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, a petición de parte debidamente sustentada, el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar «*las medidas **que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia***». Dentro de las medidas cautelares que puede decretar el Ponente, el artículo 230 numeral segundo del CPACA prevé, la de “[s]uspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual, como ocurrió en el caso en estudio. Por su parte, el artículo 231 del CPACA establece los requisitos que deben acreditarse para la procedencia de la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo y los que deben cumplirse para que proceda cualquiera otra de las medidas cautelares posibles [...] **Así pues, unos son los requisitos para que pueda decretarse la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo, de carácter general o particular, y otros, para que sean procedentes las medidas cautelares distintas a dicha suspensión.**

(...)

Precisado lo anterior, la Sala observa que la medida cautelar decretada en el auto objeto del recurso se rige por los requisitos previstos en el inciso segundo, esto es, los numerales del artículo 231 del CPACA antes transcrito, por cuanto es una medida distinta a la de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo. En esas condiciones, contrario a lo sostenido por los recurrentes, **para el decreto de la suspensión de un procedimiento o actuación administrativa no es necesario verificar la violación de normas superiores, razón por la cual se ajusta a lo dispuesto en el artículo 231 del CPACA que en el auto suplicado no se haya realizado una confrontación legal y constitucional de los actos demandados**”. Negrillas y Subrayado por la Sala.

<sup>3</sup> CE. *Caso del Medio de Control de Nulidad contra el MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO Y MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA*, Radicación No. 11001-03-26-000-2014-00054-00(21025), Auto del 28 de mayo de 2015. C.P. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA.

Así se encuentra que de conformidad con el artículo 231 CPACA la medida cautelar de suspensión de los efectos de un acto administrativo procede, de conformidad con las siguientes reglas:

- Por la violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, **cuando tal violación surja de del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.**
- Además se prescribe que sí se pretende además de la declaratoria de nulidad, el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios **deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos.**

Sobre las reglas previstas en el CPACA para efectos de decretar una medida cautelar de suspensión de los efectos del acto administrativo, la Sección Quinta del Consejo de Estado ha tenido la oportunidad de pronunciarse en los siguientes términos<sup>4</sup>:

“La nueva norma precisa entonces a partir de que haya petición expresa al respecto que: 1°) la procedencia de la suspensión provisional de los efectos de un acto que se acusa de nulidad puede acontecer si la **violación de las disposiciones invocadas, surge**, es decir, aparece presente, desde esta instancia procesal - cuando el proceso apenas comienza-, como conclusión del: **i) análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas, o, ii) del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.** 2°) Además, señala que esta medida cautelar se debe solicitar, ya con fundamento en el mismo concepto de violación de la demanda, o ya en lo que el demandante sustente al respecto en escrito separado.

Entonces, lo que en el nuevo Código representa variación significativa en la regulación de esta figura jurídico-procesal de la suspensión provisional de los

<sup>4</sup>Consejo de Estado, Sección Quinta, septiembre 13 del 2012, M.P Susana Buitrago Valencia Radicación número: 11001-03-28-000-2012-00042-00, Actor: Johan Steed Ortiz Fernández, Demandado: Representantes De Los Egresados Ante El Consejo Superior De La Universidad Sur colombiana.

efectos del acto administrativo acusado, con relación al estatuto anterior, radica en que ahora, la norma da apertura y autoriza al juez administrativo para que, a fin de que desde este momento procesal obtenga la percepción de que hay la violación normativa alegada, pueda: **1°)** realizar **análisis** entre el acto y las normas invocadas como transgredidas, y **2°)** que también pueda **estudiar** las pruebas allegadas con la solicitud.

Ahora bien, según la Real Academia de la Lengua Española el término “surgir” - (del latín surgere)- significa aparecer, manifestarse, brotar.<sup>5</sup>

En este punto esencial es donde radica la innovación de la regulación en el CPACA de esta institución de la suspensión provisional, pues la Sala recuerda que en el anterior CCA -Decreto 01 de 1984-, artículo 152, la procedencia de esta medida excepcional solicitada y sustentada de modo expreso en la demanda o en escrito separado, estaba sujeta o dependía de que la oposición o la contradicción del acto con las disposiciones invocadas como fundamento de la suspensión provisional fuera **manifiesta**, apreciada por **confrontación directa** con el acto o con documentos públicos aducidos con la solicitud.

De las expresiones “manifiesta” y “confrontación directa” contenidas en el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo anterior, tradicionalmente la doctrina y la jurisprudencia dedujeron que la procedencia de esta figura **excluía** que el operador judicial pudiera incursionar en **análisis** o **estudio**, pues la transgresión por el acto de las normas en que debería fundarse, alegadas como sustento de la procedencia de la suspensión, debía aparecer “prima facie”, esto es, sin implicar estudio ni esfuerzo analítico alguno.

Ahora bien, no obstante que la nueva regulación como ya se dijo permite que el juez previo a pronunciarse sobre la suspensión provisional lleve a cabo análisis de la sustentación de la medida y estudie pruebas, ocurre que ante el perentorio señalamiento del 2° inciso del artículo 229 del CPACA (Capítulo XI Medidas Cautelares- procedencia), conforme al cual: “La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento”, es preciso entonces que el juez sea muy cauteloso y guarde moderación a fin que el decreto de esta medida cautelar no signifique tomar partido definitivo en el juzgamiento del acto ni prive a la autoridad pública que lo produjo o al demandado (en el caso el

<sup>5</sup> Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Vigésima Segunda Edición, consultado en <http://lema.rae.es/drae/?val=surja>

105

elegido o el nombrado cuya designación se acusa), de que ejerzan su derecho de defensa y que para la decisión final se consideren sus argumentos y valoren sus medios de prueba”

Por otro lado, el CPACA en el mismo artículo 231 se ocupa de señalar las reglas que deben observarse ya no para decretar una medida cautelar de suspensión de los efectos de un acto administrativo, sino de cualesquiera otras medidas que pueden estar enunciadas en el listado del artículo 230 CPACA, como la suspensión de un procedimiento o actuación administrativa o puede ser de aquellas que la doctrina procesal ha denominado como innominada.

En dichas reglas se establece que serán procedentes esas medidas, cuando se cumplan los siguientes requisitos:

1. Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho. Es decir, que tenga apariencia de buen derecho (fumus boni iuris).
2. Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.
3. Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.
4. Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones que están directamente relacionadas con el daño que se produce por el tiempo que se toma en dictar la sentencia (periculum in mora):
  - Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o
  - Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.

Sobre las anteriores reglas ha tenido igualmente oportunidad de pronunciarse el Consejo de Estado recientemente en un proceso en el que la medida cautelar giraba

en torno a la solicitud de suspensión de un procedimiento o actuación administrativa<sup>6</sup>:

“Como se expuso en el auto suplicado, para que proceda la medida cautelar de suspensión de un procedimiento administrativo, se requiere que se acrediten en el proceso tres requisitos: a) apariencia de buen derecho (fumus boni iuris), b) daño que se produce por el tiempo que se toma en dictar la sentencia (periculum in mora) y, c) juicio de ponderación de intereses. Como la finalidad de dicha medida cautelar es garantizar la tutela judicial efectiva, es decir, la eficacia de la sentencia, la demanda debe estar razonablemente fundada, es decir, debe tener una apariencia de buen derecho: Debe contar con razones suficientes y claras de derecho y hecho para reclamar la pretensión. Dicho requisito se cumple en el caso concreto, toda vez que tanto la solicitud de la medida cautelar como la demanda se fundamentan en la violación de los artículos 60 de la Constitución y 2, 3 y 14 de la Ley 226 de 1995, en virtud de la limitación de la adquisición individual de acciones consagrada en el artículo 8 del Decreto 1609 de 2013. En ese sentido, si se adelantara la segunda etapa del proceso de enajenación de acciones -subasta-, se haría nugatoria la sentencia que se llegare a proferir, en caso de accederse a las pretensiones de la demanda, ya que no se garantizaría el principio de democratización de las acciones por cuanto sería imposible revertir el proceso de venta de ISAGEN y adelantar, nuevamente, la primera etapa de éste”. Negrilla y Subrayado por la Sala

#### 4.3. Decisión del Caso Concreto.

Una vez definidos los linderos normativos y jurisprudenciales aplicables al decreto de las medidas cautelares al interior de los procesos declarativos que conoce la jurisdicción contencioso administrativa, se procederá a realizar el análisis de la controversia planteada por la parte apelante. Para este propósito se desarrollara el análisis de la siguiente manera: (i) La naturaleza de la Medida Cautelar decretada por el Juez A quo y (ii) La verificación de los requisitos para el decreto de la medida cautelar.

<sup>6</sup> CE. *Caso del Medio de Control de Nulidad contra el MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO Y MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA*, Radicación No. 11001-03-26-000-2014-00054-00(21025), Auto del 28 de mayo de 2015. C.P. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA.

**(i) La naturaleza de la Medida Cautelar decretada por el Juez A quo.**

Lo primero que se debe precisar para entrar a resolver la controversia que en este momento debe dilucidar esta Sala de decisión, consiste en definir la naturaleza de la Medida Cautelar decretada por el A quo en primera instancia, para posteriormente analizar si se cumplen los requisitos para su decreto, ya sea que se trate de una medida cautelar de suspensión de los efectos del acto administrativo o se trate de cualesquiera otra medida cautelar que puede ser dictada por el Juez.

Para este propósito, es menester resaltar que del auto recurrido se observa que la medida cautelar decretada consistió en la suspensión de la convocatoria No. 0276 de 2013 para Contralorías Territoriales –Norte de Santander- con respecto al empleo No. 203131 para el cargo de Profesional Especializado, Código 222, grado 09 para la Contraloría Departamental del Norte de Santander (fl. 19 del Cuaderno de Medida Cautelar –en adelante CMC-).

Como se puede observar la Medida Cautelar decretada en el proceso de la referencia por el A quo no suspende provisionalmente los efectos del acto administrativo demandado (Oficio del 11 de agosto de 2014, visto a folios 68-71 CMC) sino que se trata de otra de aquellas medidas cautelares enunciadas en el artículo 230 CPACA que literalmente se enuncia como “Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual” y cuyas reglas de procedencia se encuentra preceptuadas expresamente en el segundo inciso del artículo 231 CPACA.

Por lo tanto, desde ya esta Sala de decisión observa que el apoderado de la Comisión Nacional del Servicio Civil efectuó una defensa inadecuada de sus argumentos de apelación, pues los mismos van direccionados a atacar las reglas o elementos previstos para efectos del decreto de una medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del acto (inexistencia de violación de normas superiores) y por el contrario, en el caso concreto estamos ante otra clase de medida cautelar que atiende a unas reglas diferentes para su decreto, más allá de que el A quo en sus argumentos también haya efectuado el análisis propio que se relaciona con la suspensión de los efectos del acto demandado, pero que finalmente no fue la clase de medida cautelar que decretó.

Además se observa que la medida cautelar se decretó de conformidad con el artículo 234 CPACA, como medida de urgencia, a pesar de haberse corrido el traslado previsto en el artículo 233 conforme al procedimiento ordinario para adoptar las medidas cautelares.

Esta situación –según el apelante- obligaba a que se agotara el trámite ordinario y no se pudiera decretar como medida de urgencia.

Frente a esta situación la Sala señala que de conformidad con las reglas previstas en el CPACA para el decreto de las medidas cautelares y en especial con lo previsto en el artículo 234, el Juez o Magistrado puede –lo cual no es una restricción sino una potestad- adoptar determinada medida cautelar cuando se evidencia que por su urgencia no es posible agotar el trámite ordinario, decreto que se puede dar desde la presentación de la solicitud y sin previa notificación de la contraparte, pero que también se puede decretar si se ha notificado a la contraparte y se evidencia su urgencia, situación que aconteció en la primera instancia.

En este sentido, se resalta que de conformidad con el artículo 229 CPACA, la facultad del Juez o Magistrado para decretar una Medida Cautelar va desde antes de notificarse el auto admisorio de la demanda o **en cualquier estado del proceso.**

Por lo tanto, los argumentos frente a esta situación no tienen la virtualidad de revocar el decreto de la Jueza A quo.

Resuelto lo anterior, esta Sala de decisión pasará a analizar si en el caso concreto se configuran los requisitos establecidos por el CPACA para efectos de decretar la medida cautelar apelada.

**(ii) La verificación de los requisitos para el decreto de la medida cautelar.**

Como quiera que estamos ante una medida cautelar que suspendió un procedimiento administrativo, para efectos de su procedencia se deben cumplir los siguientes requisitos: a) apariencia de buen derecho (fumus boni iuris), b) daño que

se produce por el tiempo que se toma en dictar la sentencia (*periculum in mora*) y, c) juicio de ponderación de intereses.

**a). Apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*).**

Para la Sala, de conformidad con lo establecido en el artículo 231 del CPACA, la apariencia de buen derecho se presenta en la comprobación de los siguientes elementos: 1. Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho y 2. Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.

Para el cumplimiento del primer requisito, esta Sala encuentra acreditado que la solicitud de medida cautelar (fls. 1-4, CMC) se fundamenta en la violación del artículo 29 CN por la negación que hace la Comisión Nacional del Servicio Civil de la equivalencia de estudio y experiencia solicitada por el demandante, conforme al artículo 25 del Decreto 785 de 2005, en concordancia con la Ordenanza 022 de 2000 de la Asamblea Departamental del Norte de Santander, modificada por la Ordenanza 018 de 2008 en cuanto se refiere a que podrán ser tenidas en cuenta al momento de establecer el manual específico de funciones de la Contraloría General del Departamento unas equivalencias y que le impidió continuar su aspiración dentro del concurso de méritos en el que se encontraba participando, lo que implica que se deba hacer un análisis de estas normas y las normas que rigieron el concurso de la Contraloría del Departamento Norte de Santander, análisis que para la Sala fundamenta razonadamente la demanda y la solicitud de la medida cautelar.

Nótese cómo en el cumplimiento del presente requisito no es necesario –como lo es para la suspensión provisional de los efectos del acto- que aparezca la violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud de medida cautelar, siendo suficiente que la demanda o la solicitud que soporta la medida cautelar, se encuentre razonablemente fundada en derecho, situación que se cumple en el presente caso.

En el cumplimiento del segundo requisito, concerniente a que el demandante debe demostrar sumariamente la titularidad del derecho invocado, la Sala encuentra que efectivamente a folios 68-71 CMC se encuentra el acto demandado, en el que al

señor José Antonio Anaya Attalla, identificado con la C.C. 13.440.928 (fl. 67 CMC) se le resuelve la reclamación interpuesta por él mismo, señalándole que se confirma su estado de no admitido, como consecuencia de que no se encuentra prevista la posibilidad de aplicar equivalencias, según el OPEC del empleo No. 203131, lo que evidencia la titularidad del derecho o restablecimiento pretendido en la demanda y del interés en la suspensión decretada frente a sus intereses particulares o subjetivos.

Además reposan otros documentos que denotan el proceso adelantado por el demandante en la convocatoria pública para los empleos de las Contralorías territoriales, Departamento Norte de Santander, número de empleo 203131, código del empleo 222, nivel Profesional, grado 9, tales como la constancia de inscripción (fls. 73-74, 77 CMC); la consulta de la lista de admitidos e inadmitidos en la que se observa que el demandante aparece como inadmitido (fl. 78 CMC) y la constancia laboral que indica que el demandante labora en la Contraloría General del Departamento desde el 18 de julio de 1996 (fl. 82 CMC).

De esta manera, estos dos primeros requisitos previstos en el artículo 231 del CPACA y que la Sala para efectos de análisis considera que se encuentran íntimamente relacionados con el *fumus boni iuris* se cumplen, debiéndose analizar los siguientes requisitos.

**b) Daño que se produce por el tiempo que se toma en dictar la sentencia (*periculum in mora*).**

Para la Sala en su análisis metodológico, la configuración del *periculum in mora* como requisito *sine qua non* para decretar la Medida Cautelar que en este momento se encuentra bajo revisión por parte de esa superioridad, se materializa en el artículo 231 CPACA, cuándo se cumple una de dos condiciones: 1. Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o 2. Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.

108

En la Doctrina Especializada, el periculum in mora (Peligro en la demora) ha sido objeto de estudios por autores como Calamandrei quien sostiene que "(...) en sede cautelar el juez debe en general establecer la certeza (en las diversas configuraciones concretas que estos extremos puedan asumir según la providencia solicitada) de la existencia del temor de un daño jurídico, esto es la existencia de un estado objetivo de peligro que haga aparecer como inminente la realización del daño derivable de la no satisfacción del derecho"<sup>7</sup>.

De esta manera, se tiene que para el cumplimiento de este requisito, se debe apreciar si la persona que solicita la medida cautelar se encuentra en peligro de sufrir un daño antijurídico inminente y real o un perjuicio irremediable y por lo tanto, si no se decreta la medida cautelar solicitada, en el momento en el que se profiera una eventual sentencia a favor de las pretensiones del demandante, la misma sería una sentencia nugatoria o no produciría los efectos esperados frente a los derechos e intereses esperados por la demanda, en vista de que este ya sufrió un daño o perjuicio en el transcurso del proceso.

Pues bien, atendiendo a los anteriores linderos, la Sala considera que este requisito se encuentra plenamente demostrado en los aspectos fácticos y probatorios del caso en concreto, teniendo en cuenta que de no haber sido suspendida por el A quo la convocatoria No. 0276 de 2013, con respecto al empleo No. 203131 para el cargo de Profesional Especializado, Código 222 grado 09 para la Contraloría General del Departamento Norte de Santander, convocatoria específica, estrictamente descrita, en la misma ya hubiera sido conformada la respectiva lista de elegibles, según lo ha informado la Comisión Nacional de Servicio Civil en su página web oficial<sup>8</sup>, donde informa que "En el mes de marzo de 2015 la CNSC inició la expedición de las Listas de Elegibles de las Convocatorias No. 256 a 314 de 2013 - Contralorías Territoriales. Conforme al cronograma trazado, se estima que la totalidad de las listas se adoptaran y publicarán hacia finales del mes de junio de 2015", situación que en criterio de la Sala configuraría el peligro en la demora de la que el CPACA y la doctrina especializada refieren,

<sup>7</sup> Calamandrei, Piero, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, traducción de Marino Ayerra Merín, Buenos Aires, El Foro, 1996.

<sup>8</sup> Información consultada en <https://www.cns.gov.co/index.php/listas-de-elegibles-256-a-314-de-2013-contralorias-territoriales> el 24 de junio de 2015.

puesto que estamos ante un proceso ordinario de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, susceptible de ser conocido en doble instancia y si el proceso de selección siguiera su trámite normal, se pondría en serias dificultades la materialización de las pretensiones del demandante ante una eventual sentencia favorable, luego de surtirse el trámite ordinario en las dos instancias, tiempo en el cual muy seguramente ya habría lista de elegibles en firme y en un caso hiperbólico pero no menos plausible, el nombramiento en periodo de prueba de otro ciudadano que contando con la confianza legítima participó en dicha convocatoria al mismo cargo que el demandante y que podría ver afectada su situación subjetiva ante una eventual demanda estimatoria.

Así las cosas, la Sala considera que este argumento es suficiente para dar por cumplido uno de los dos requisitos que en este sentido se prevén en el artículo 231 CPACA.

### **c. Juicio de Ponderación de Intereses.**

Este último requisito, necesario para la el decreto o confirmación del decreto de la medida de suspensión del procedimiento ordenado por el A quo, se materializa en el artículo 231 CPACA en que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.

Para la Sala es una condición que debe ser analizada bajo los presupuestos del Estado Social y Democrático de Derecho, atendiendo a las particularidades de la Constitución de 1991 que se caracteriza por ser una Constitución de integración<sup>9</sup>, en la cual "se integran una serie de principios y valores contrapuestos que consensuados, permiten un efecto democrático y legitimador del proceso de creación constitucional, obligando al intérprete constitucional a realizar una interpretación operativa que en lo posible armonice el articulado constitucional"<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Smend, Rudolf. Constitución y Derecho Constitucional. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1985.

<sup>10</sup> Osorio Sánchez, Eduardo Gabriel. *La Naturaleza y Función Constitucional de la Policía Nacional en Colombia. La protección de los derechos y el mantenimiento de la paz*", Ed. Universidad Autónoma de Barcelona. Barcelona, 2015. Págs. 308-309.

Al respecto, vale la pena tener presente lo que señalan autores como Osorio<sup>11</sup>:

“(…) en un Estado democrático no hay conceptos absolutistas y por el contrario a veces los derechos constitucionales deben ceder frente a otros derechos o bienes jurídicos, pero teniendo en cuenta que los límites generados por los choques entre éstos, tampoco son absolutos y a su vez, estos límites se encuentran limitados para poder ser compatibles con la vigencia del texto constitucional.

(…)

Para dar solución a los constantes choques entre derechos y bienes a los cuales muchas veces les subyacen intereses y valores contrapuestos y que a su vez pueden generar límites, se considera necesario acudir a la técnica de balancing<sup>12</sup>”

Efectivamente, lo que busca el CPACA con la satisfacción de este requisito como elemento necesario para el decreto de una medida cautelar diferente de la Suspensión Provisional de los efectos del acto administrativo, es precisamente, salvaguardar esos derechos e intereses no sólo generales sino también subjetivos que se pueden ver afectados frente al decreto de determinada medida cautelar.

Para efectuar la ponderación que nos impone el CPACA esta Sala de decisión acudirá a la técnica del Balancing o balanceo de los intereses en juego, al considerar que la misma garantiza un efecto más acorde con los postulados de un Estado democrático, permitiendo un equilibrio entre los distintos intereses balanceados y no así su supresión total, diferente a si acudiéramos por ejemplo, a

<sup>11</sup> Osorio Sánchez, Eduardo Gabriel. *La Naturaleza y Función Constitucional de la Policía Nacional en Colombia. La protección de los derechos y el mantenimiento de la paz*, Ed. Universidad Autónoma de Barcelona. Barcelona, 2015. Págs. 308-309.

<sup>12</sup> La técnica del Balancing o contrapeso de valores es una de las grandes construcciones jurisprudenciales del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en materia de derechos, la cual consiste en una regla de interpretación para los derechos que parte de considerar que para aplicar determinadas normas constitucionales se deben tener en cuenta los intereses constitucionales en juego con el objetivo de contrapesarlos, obteniendo como resultado que se le dé primacía a alguno de esos intereses contrapuestos o se logre un equilibrio entre ambos. Freixes Sanjuán, Teresa. *Constitución y derechos fundamentales. I. Estructura jurídica y función constitucional de los derechos*. Ob. Cit. Págs. 58-64.

la fórmula de ponderación a partir de la fórmula del peso diseñada por autores como Robert Alexy.

Pues bien, lo primero que se debe anotar es que por un lado de la balanza tenemos los intereses particulares y subjetivos del demandante, los cuales se concretan en un interés subjetivo de acceder libremente y en igualdad de condiciones al empleo público, con su participación en el respectivo concurso de conformidad con lo preceptuado en el artículo 125 Constitucional, interés que no se concreta en un derecho subjetivo del actor puesto que aún no ha superado el concurso público de méritos, pero que es un interés particular que en todo caso le subyacen los valores y principios de Justicia, Igualdad, Transparencia, moralidad, imparcialidad y economía.

Por el otro lado de la balanza estamos ante el interés general de la sociedad colombiana en su conjunto y la posibilidad de que sus miembros tengan también la oportunidad de acceder libremente y en igualdad de condiciones al empleo público, con su participación en el respectivo concurso, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 125, interés que tampoco se concreta en un derecho subjetivo para cada uno de los posibles participantes de la convocatoria en la que participó el demandante, pero que se concreta en el interés público de proveer las vacantes para los empleos públicos, subyaciéndole igualmente valores y principios constitucionales de Igualdad, Transparencia, moralidad, imparcialidad y economía.

Si se observan los dos lados de la balanza, ambos intereses contrapuestos son susceptibles de igual protección por parte del Estado colombiano, protección que en el caso concreto se circunscribe en la función que esta Sala de decisión ejerce como Juez de la causa, al que le compete valorar las opciones de decisión.

Por un lado, si se mantiene la media cautelar decretada por el A quo, de cierta manera se estaría dando prevalencia al interés subjetivo del demandante de acceder libremente y en igualdad de condiciones al empleo público, con su participación en el respectivo concurso, **ante una eventual sentencia estimatoria,**

garantizando así los valores y principios que le subyacen a este interés y que ya han sido señalados.

A su vez, el interés general de la sociedad colombiana en su conjunto y la posibilidad de que sus miembros tengan también la oportunidad de acceder libremente y en igualdad de condiciones al empleo público, con su participación en el respectivo concurso, se limitaría de cierta manera, pues los eventuales concursantes al cargo del demandante verían retrasado su procedimiento de concurso, aunque no obstante, no se afectarían los valores y principios que a este interés le subyacen, puesto que la medida cautelar también ayudaría a materializar los valores y principios constitucionales de Igualdad, Transparencia, moralidad, imparcialidad y economía.

A contrario Sensu, si se revocara la medida cautelar decretada por el A quo y se diera prevalencia a ese interés general de la sociedad colombiana en su conjunto y la posibilidad de que sus miembros tengan también la oportunidad de acceder libremente y en igualdad de condiciones al empleo público, con su participación en el respectivo concurso, propiciando que se publiquen la lista de elegibles, que queden en firme y que probablemente se nombre a una persona en periodo de prueba, a pesar de que en principio los valores y principios subyacentes a este interés se verían materializados, los mismos podrían verse afectados ante una eventual sentencia estimatoria, lo que generaría traumas en el proceso de convocatoria pública adelantado por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Igualmente, con la revocatoria de la medida cautelar –y así se ha señalado en esta providencia- los intereses subjetivos y particulares del demandante de acceder libremente y en igualdad de condiciones al empleo público, con su participación en el respectivo concurso se verían gravemente afectadas ante una eventual sentencia estimatoria, puesto que se encontraría ante un concurso adelantado y finalizado, en el cual no tuvo la oportunidad de acceder en condiciones de igualdad con los otros miembros de la sociedad.

Así las cosas, esta Sala de decisión procederá a confirmar el auto del 12 de febrero de 2015, proferido por el Jueza Sexta Administrativa Oral del Circuito de Cúcuta.

Por lo anteriormente expuesto, la Sala de Decisión No. 3 del Tribunal Administrativo de Norte de Santander,

**RESUELVE:**

**PRIMERO:** Confírmese el auto proferido por el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cúcuta, por medio del cual se decretó **Medida Cautelar** de Suspensión de la Convocatoria No. 0276 de 2013 para Contralorías Territoriales – Norte de Santander-, con respecto al empleo No. 203131 para el cargo de Profesional Especializado, Código 222, grado 09 para la Contraloría Departamental del Norte de Santander, por las razones expuestas en la parte motiva.

**SEGUNDO:** En firme esta providencia, **devuélvase** el expediente al Juzgado de origen, previa las anotaciones secretariales de rigor.

**CÓPIESE NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE**

(Esta providencia fue aprobada y discutida en Sala de Decisión No.3 del 25 de

Junio de 2015)

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE  
 NORTE DE SANTANDER  
 CONSTANCIA SECRETARIAL

Por anotación en **ESTADO**, notifico a las partes la providencia anterior, a las 8:00 a.m. hoy **01 JUN 2015**

Secretario General

CARLOS MARIO PEÑA DÍAZ  
 Magistrado

EDGAR ENRIQUE BERNAL JÁUREGUI  
 Magistrado

MARIBEL MENDOZA JIMÉNEZ  
 Magistrada