



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN B

Consejero sustanciador: Carmelo Perdomo Cuéter

Bogotá, D. C., once (11) de febrero de dos mil diecinueve (2019)

Medio de control: Nulidad
Expediente: 11001-03-25-000-2016-00921-00 (4237-2016)
Demandante: **Maritza Yaneth Rodríguez Higuera**
Demandados: Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC) y Bogotá, D. C. – secretaría distrital de planeación
Tema: Nulidad del Acuerdo 528 de 24 de noviembre de 2014¹, modificado por el Acuerdo 544 de 10 de julio de 2015²
Actuación: Decide medida cautelar

Con sujeción a los artículos 125 y 233 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), procede el despacho a decidir la solicitud de medida cautelar formulada por la demandante.

I. ANTECEDENTES

En ejercicio del medio de control de nulidad, consagrado en el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), la accionante incoó demanda contra la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC) y Bogotá, D. C. – secretaría distrital de planeación, con el fin de obtener la anulación del Acuerdo 528 de 24 de noviembre de 2014, modificado por el Acuerdo 544 de 10 de julio de 2015.

La demanda se presentó el 29 de septiembre de 2016, ante la secretaría de la sección segunda del Consejo de Estado (f. 32 vuelta), y por reparto le correspondió a este despacho, que mediante proveídos de 6 de abril de 2017, la admitió (f. 38) y corrió traslado de la medida cautelar solicitada (f. 5 c. medida cautelar), que atañe a la suspensión provisional del acto acusado.

¹ «Por el cual se convoca a Concurso Abierto de Méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la Secretaría Distrital de Planeación, Convocatoria No. 323 de 2014 - PLANEACIÓN DISTRITAL».

² «Por el cual se modifica el artículo 11° del Acuerdo No. 528 de 2014 que convocó a Concurso Abierto de Méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la Secretaría Distrital de Planeación, Convocatoria No. 323 de 2014 – Planeación Distrital».



De acuerdo con lo indicado por la accionante (ff. 1 a 4 c. medida cautelar), el fundamento de la medida se contrae a que el acto demandado es contrario a la Ley 909 de 2004 (artículo 31, ordinal 1.º)³, pues el «concepto del 19 de agosto de 2016 [...] radicado 2307, expediente 1001-03-06-000-2016-00128-000020, señaló que el requisito de suscripción tanto como para la Comisión Nacional del Servicio Civil como por el jefe de la entidad u organismo, es **IMPERATIVO** y no admite una interpretación diferente, en razón al principio de legalidad y a la competencia funcional de las dos entidades, lo que implica un deber de coordinación entre ellas y que tal exigencia no puede ser reemplazada por la oferta pública de empleo OPEC».

En la oportunidad legal (ff. 37 a 42 c. medida cautelar), Bogotá, D. C., se opuso a la medida cautelar, al estimar que la demandante «no realiza un análisis específico sobre la infracción normativa que se invoca», tampoco refiere cuál es la infracción directa con una norma de superior jerarquía, por lo que la petición de suspensión provisional no cumple los requisitos para su procedencia.

Por otra parte, afirma que no existe peligro manifiesto respecto a la vulneración de derechos, ya que se agotó el objeto para el cual fue expedido el acto cuestionado, «en prácticamente la totalidad de empleos ofertados, configurando así situaciones particulares a favor de terceros sobre las que no es [pertinente efectuar pronunciamiento] en el marco del medio de control de la simple nulidad»; por último, concluye que es competencia de la CNSC proferir la convocatoria, por lo que la labor de la secretaría distrital de planeación se circunscribe a la obligación legal y constitucional de proveer los empleos ofrecidos por la entidad territorial.

A su turno, la CNSC también se opuso a la medida cautelar (ff. 147 a 152 c. medida cautelar), al considerar que la solicitud se torna improcedente por no satisfacer los requisitos de los artículos 229 y 231 del CPACA. Asimismo, alega que «ha actuado de conformidad con las normas jurídicas y jurisprudencia que le otorgan competencias en el desarrollo del concurso de méritos en cuestión, es decir, en aplicación del artículo 125 Superior y las normas legales que lo desarrollan y reglamentan».

³ «ARTÍCULO 31. ETAPAS DEL PROCESO DE SELECCIÓN O CONCURSO. El proceso de selección comprende:

1. Convocatoria. La convocatoria, que deberá ser suscrita por la Comisión Nacional del Servicio Civil, el Jefe de la entidad u organismo, es norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes [...]».



En lo relativo a la falta del requisito formal de la firma del jefe de la entidad beneficiaria, afirma que no resulta ser un elemento de la esencia del acto censurado, pues la voluntad de adelantar de manera conjunta el procedimiento de selección se aprecia con la puesta en marcha de toda la etapa de planeación del proceso. De igual modo, aduce que, en los términos del artículo 112 del CPACA, los conceptos proferidos por la sala de consulta y servicio civil del Consejo de Estado no son vinculantes, para ninguna autoridad judicial ni administrativa, salvo que la ley disponga lo contrario, lo cual no es el caso.

Al respecto, dice que exigir «la concurrencia de firmas por parte de los organismos o entidades destinatarios de los procesos de selección, sería tanto como transgredir los principios de autonomía e independencia de la CNSC, pues en definitiva las funciones de administración de la carrera administrativa no pueden quedar condicionadas a la suscripción del acuerdo por parte del jefe de la entidad u organismo respectivo, dado que dicha aquiescencia se constituye en una limitación que altera la autonomía jurídica y administrativa que la Constitución ha otorgado a la Comisión».

A partir de lo anterior, se procede a decidir la solicitud de medida cautelar previas las siguientes,

II. CONSIDERACIONES

2.1 Competencia. Este despacho es competente para decidir la petición de la medida cautelar de suspensión provisional del acuerdo acusado, en virtud de lo dispuesto en los artículos 125 y 233 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA), por tratarse de un proceso de única instancia.

2.2 La suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo en la Ley 1437 de 2011. De conformidad con el artículo 229 del CPACA, en todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, puede el juez o magistrado ponente declarar las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, sin que su decisión implique prejuzgamiento.

A su vez, el artículo 230 de la misma codificación establece que tales medidas podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión y tener



relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda, y en virtud de ellas puede suspenderse «provisionalmente los efectos de un acto administrativo».

Conforme al artículo 231 del CPACA, si se pretende la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por el quebranto de las disposiciones que se invoquen en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando la vulneración surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores cuya violación se depreca o del estudio de las pruebas que se alleguen con la solicitud.

Al respecto, esta Corporación, a través de pronunciamiento de 13 de mayo de 2015, precisó⁴:

Lo anterior quiere significar que el marco de discrecionalidad del Juez no debe entenderse como de arbitrariedad, razón por la cual le es exigible a éste la adopción de una decisión judicial suficientemente motivada, conforme a los materiales jurídicos vigentes y de acuerdo a la realidad fáctica que la hagan comprensible intersubjetivamente para cualquiera de los sujetos protagonistas del proceso y, además, que en ella se refleje la pretensión de justicia, razón por la cual es dable entender que **en el escenario de las medidas cautelares**, el Juez se enfrenta a la exposición de un razonamiento en donde, **además de verificar los elementos tradicionales de procedencia de toda cautela, es decir el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, debe proceder a un estudio de ponderación y sus sub principios integradores de idoneidad, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu***, ya que se trata, antes que nada, de un ejercicio de razonabilidad.

[...]

Allí donde el Juez Administrativo no esté gobernado por reglas, lo más posible es que la actuación se soporte en principios o mandatos de optimización, luego la proporcionalidad y ponderación no son metodologías extrañas en la solución de conflictos y en la reconducción de la actividad de la jurisdicción contencioso administrativa al cumplimiento material de los postulados del Estado social de derecho. En todo caso, la proporcionalidad y la ponderación no representan ni la limitación, ni el adelgazamiento de los poderes del juez administrativo, sino que permiten potenciar la racionalidad y la argumentación como sustento de toda decisión judicial. Cabe, entonces, examinar cómo se sujeta la actividad discrecional del juez administrativo a las reglas de la ponderación, como expresión más depurada del principio de proporcionalidad'

⁴ Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección tercera, sentencia de 15 de mayo de 2015, expediente 11001-03-26-000-2015-00022-00, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.



discrecional del juez administrativo a las reglas de la ponderación, como expresión más depurada del principio de proporcionalidad'

En consecuencia, la observancia de este razonamiento tripartito conlleva a sostener que en la determinación de una medida cautelar, que no es más que la adopción de una medida de protección a un derecho en el marco de un proceso judicial, el Juez debe tener en cuenta valoraciones de orden fáctico referidas a una estimación de los medios de acción a ser seleccionados, cuestión que implica i) que la medida decretada sea adecuada para hacer frente a la situación de amenaza del derecho del afectado (idoneidad); ii) que, habida cuenta que se trata de una decisión que se adopta al inicio del proceso judicial o, inclusive, sin que exista un proceso formalmente establecido, la medida adoptada sea la menos lesiva o invasora respecto del marco competencial propio de la administración pública (necesidad) y, por último, es necesario iii) llevar a cabo un razonamiento eminentemente jurídico de ponderación, en virtud del cual se debe determinar de manera doble el grado de afectación o no satisfacción de cada uno de los principios. (Negrillas fuera del texto)

De lo anterior, se colige que de acuerdo con lo previsto en los artículos 229 a 241 del CPACA, la potestad del juez, en cuanto al decreto de la medida cautelar de suspensión provisional, va más allá de la simple confrontación del acto demandado con las normas que se consideran infringidas, puesto que, además de tal facultad, le es permitido realizar un análisis probatorio para efectos de determinar su procedencia, sin que ello implique prejuzgamiento.

No obstante, frente al caso concreto, se aprecia que solo a través de una valoración exhaustiva de la normativa y de los medios probatorios pertinentes y conducentes se podrá establecer si el Acuerdo 528 de 24 de noviembre de 2014, modificado por el Acuerdo 544 de 10 de julio de 2015, suscrito por el presidente de la CNSC, trasgrede lo dispuesto en el artículo 31 (numeral 1) de la Ley 909 de 2004, en la medida en que aquellos fueron únicamente suscritos por el presidente de la CNSC, sin tener en cuenta la firma del jefe de la entidad territorial beneficiaria.

Así las cosas, se estima que no es posible establecer al rompe la contradicción entre la violación de las normas que sirvieron de fundamento al acuerdo impugnado, por cuanto, para poder dilucidar lo afirmado por la accionante, resulta indispensable efectuar una serie de valoraciones legales y ejercicios de técnicas interpretativas que permitan desvirtuarlo o confirmarlo, todo lo cual es propio de una sentencia de mérito, lo que significa que es necesario realizar un estudio más a fondo para determinar si hubo violación a las normas superiores invocadas como trasgredidas.



Por tal motivo, este despacho considera que la solicitud de suspensión provisional del acto administrativo acusado no está llamada a prosperar.

2.3 Otros aspectos procesales. Comoquiera que quienes se hallan habilitados legalmente para ello confirieron poderes en nombre de las accionadas, se reconocerá personería a los profesionales del derecho destinatarios de estos (ff. 13 y 43).

En mérito de lo expuesto, se

DISPONE:

- 1.º Negar la suspensión provisional del acuerdo acusado, de conformidad con la parte motiva.
- 2.º Reconocer personería a los abogados Iván Camilo Segura Sánchez, con cédula de ciudadanía 80.548.925 y tarjeta profesional 174.972 del C. S. de la J., y Mónica Amparo Mantilla Navarrete, con cédula de ciudadanía 52.454.477 y tarjeta profesional 127.892 del C. S. de la J., para representar, en su orden, a Bogotá, D. C. - secretaría distrital de planeación - y a la Comisión Nacional del Servicio Civil, de conformidad con los poderes otorgados (ff. 13 y 43).
- 3.º Ejecutoriada esta providencia, regresar el expediente al despacho.

Notifíquese y cúmplase. -

CARMELO PERDOMO CUÉTER