

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCION PRIMERA
SUBSECCION B

Bogotá DC, veintiocho (28) de octubre de dos mil diecinueve (2019).

Magistrado Ponente:	FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Expediente:	No. 250002341000201900931-00
Demandante:	ERNESTO DE JESÚS ESPINOSA JIMÍNEZ
Demandado:	LUZ ELENA GUTIÉRRES URIBE Y OTRO
Referencia:	MEDIO DE CONTROL ELECTORAL

Remitido por competencia el expediente de la referencia por parte del Consejo de Estado (fls. 44 A 45 vltto. cdno. no. 1), de conformidad con lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 152 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo por ser esta Corporación la competente para conocer de la acción de la referencia **avócase** el conocimiento de la demanda de la referencia, en consecuencia decide la Sala la admisión de la demanda con solicitud de suspensión provisional presentada por el señor Ernesto Jesús Espinosa Jiménez en nombre propio en ejercicio del medio de control jurisdiccional electoral previsto en el artículo 139 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, con el fin de que se declare la nulidad de la Resolución no. 7791 de 5 de septiembre de 2019 expedida por el Secretaria General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) mediante la cual se nombró con carácter ordinario a la señora Luz Elena Gutiérrez Uribe en el empleo de libre nombramiento y remoción de Director Regional Código 0042, Grado 18 de la planta global de personal asignado a la Regional Huila.

Por reunir los requisitos formales y por ser esta Sección del Tribunal competente para conocer del proceso se admitirá en **primera instancia**¹ la demanda de la referencia.

En cuanto a la petición de suspensión provisional del acto demandado la parte actora la fundamentó de la siguiente manera:

"VIII. SOLICITUD DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL

Con fundamento en lo dispuesto en el artículo 229 y 230 del CPACA, los hechos denunciados en esta demanda y las pruebas anexadas, solicitamos de manera muy respetuosa (...), que en salvaguarda del ordenamiento jurídico se disponga la suspensión provisional del acto de nombramiento de la señora LUZ ELENA GUTIÉRREZ URIBE como Directora Regional del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Cecilia de la Fuente Lleras, Regional Huila." (fl. 28 vlto. cdno. medidas cautelares – mayúsculas sostenidas y negrillas del texto original.).

En síntesis la solicitud de suspensión provisional tiene como fundamento lo siguiente:

- 1) El artículo 231 de la Ley 1437 de 2011 determina la procedencia de la suspensión provisional cuando la misma devenga de la violación de normas superiores confrontadas con las pruebas arrimadas a la demanda.
- 2) En este caso resulta suficiente analizar el aviso de invitación para la conformación de la lista de la cual se seleccionó la terna para el cargo de Director Regional para comprender que no se establecieron reglas claras y precisas respecto de los parámetros y criterios que debían tenerse en cuenta en la entrevista.

¹ De conformidad con lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 152 de la Ley 1437 de 2011 es competencia de los Tribunales Administrativos conocer en primera instancia **"9. De la nulidad del acto de nombramiento de los empleados públicos del nivel directivo o su equivalente efectuado por autoridades del orden nacional y por las autoridades Distritales, Departamentales o Municipales, en municipios con más de setenta mil (70.000) habitantes o que sean capital de departamento."**, en este caso concreto la demanda está dirigida también contra un acto de nombramiento emitido por una autoridad *del orden nacional* como lo es El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar a través del cual se nombró provisionalmente a la señora Luz Elena Gutiérrez Uribe en el empleo de libre nombramiento y remoción de Director Regional código 0042, grado 18 de la planta global de personal asignado a la *Regional Huila*, por lo que de conformidad con la citada norma le corresponde al tribunal conocer del proceso en primera instancia.

3) Basta con observar que la fecha de la convocatoria es de 29 de noviembre de 2017 y la modificación que se incluyó a través de la Resolución no. 13353 es de 7 de noviembre de 2018 para entender que las reglas fueron modificadas sustancialmente.

4) Como quiera que la parte actora aduce que la solicitud de suspensión provisional del acto acusado se fundamenta en los hechos denunciados en la demanda y las pruebas anexas, se tiene que esta formuló dos cargos de nulidad a saber:

a) Expedición irregular del acto demandado, cargo que se fundamentó en lo siguiente:

i) Se quebrantaron las reglas de la convocatoria diseñada para proveer el empleo de Director Regional del ICBF Huila en tanto que se modificaron las reglas de la convocatoria BF/M 7-009.

ii) El aviso de la convocatoria que contiene las reglas del proceso fue publicado el 29 de noviembre de 2017 y para ese entonces el ICBF no fijó criterios claros y objetivos respecto de la entrevista como componente clasificatorio del proceso de selección, situación que se vino a remediar mediante la Resolución no. 13353 de 7 de noviembre de 2018, es decir después de haberse surtido el proceso de reclutamiento e inscripción.

iii) Si bien para la provisión de empleos del nivel directivo de que trata el artículo 28 del Decreto 1083 de 2015 no se hace uso en sentido estricto del concurso de méritos establecido para empleos de carrera administrativa, también es cierto que en estos los procesos públicos diseñados para el acceso a la función pública en empleos de periodo o de libre nombramiento o remoción se deben respetar las garantías y derechos constitucionales, por lo que ante la ausencia de norma específica deben aplicarse las normas generales vigentes para los concursos de méritos por cuanto con ellas se salvaguarda los principios de la función pública.

iv) En el proceso diseñado para proveer el empleo de libre nombramiento y remisión demandado la parte demandada debió previo a la publicación de la

convocatoria establecer los criterios de la entrevista atendiendo lo dispuesto por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

v) Ante la ausencia de norma especial que regulara los aspectos referentes a la entrevista debió acudir y dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 2.6.14 del Decreto 1883 de 2015 que dispone *“cuando en un concurso se programe entrevista esta no podrá tener un valor superior al 15% dentro de la calificación definitiva (...).”*

La aplicación de la citada norma no desnaturalizaba el proceso para proveer el empleo de libre nombramiento y remoción, por el contrario garantizaba los principios constitucionales de objetividad, igualdad, transparencia e imparcialidad como lo ha establecido la Corte Constitucional y el Consejo de Estado (fls. 6 y 7).

No existe razón suficiente para que la entidad demandada se hubiese sustraído de dar aplicación a la citada norma en lo que respecta al puntaje de la entrevista.

vi) La entidad demandada decidió discrecionalmente asignar a la entrevista 20 puntos a pesar de que la norma general determina que esta no puede tener un valor superior al 15% de la calificación definitiva.

vii) Al evaluarse el componente de competencias comportamentales sí se tuvo en cuenta las establecidas en el artículo 2.2.4.8 del Decreto 1883 de 2015 sin embargo para efectos de la entrevista y en aplicación de la Resolución no. 13353 de 7 de noviembre de 2018 evaluó competencias comportamentales distintas.

viii) En la convocatoria BF/17- 009 de 29 de noviembre de 2017 el ICBF no estableció los criterios evaluadores mediante la entrevista ya que se limitó a señalar que esta tendría un puntaje de 20 puntos, sin embargo con la expedición de la Resolución no. 13353 de 7 de noviembre de 2018 la entidad estableció los parámetros para la realización de las entrevistas y en el artículo 6 se establecieron los criterios de puntajes máximos por competencia para la entrevista (fl. 7 vltto).

Lo dispuesto en la Resolución no. 13353 de 7 de noviembre de 2018 no tenía aplicación para la convocatoria BF/17- 009 de 29 de noviembre de 2017 por cuanto para la fecha en que se dio apertura al proceso ya existían unas precisas competencias comportamentales (fl. 7 vltto).

b) Violación de las normas en que debió fundarse el acto acusado.

En el proceso de selección público abierto BF/17 la entidad demandada infringió el artículo 2.6.14 del decreto 1883 de 2015 que preceptúa que *“cuando en un concurso se programe entrevista esta no podrá tener un valor superior al 15% dentro de la calificación definitiva (...)”*, lo anterior teniendo en cuenta que en el aviso de invitación de 29 de noviembre de 2017 se dijo que la entrevista tendría 20 puntos.

3) Finalmente el título denominado *“VII. Concepto de Violación”* la parte actora adujo que se vulneró el debido proceso, el principio de confianza legítima y los principios de la función administrativa por lo siguiente:

a) De conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado las reglas de la convocatoria son de obligatorio cumplimiento no solo en los concursos de mérito sino en todas las convocatorias que tengan como fin garantizar el ingreso a la función pública.

b) Los cambios introducidos por el ICBF en la convocatoria BF/17- 009 de 29 de noviembre de 2017 a través de la Resolución no. 13353 de 7 de noviembre de 2018 trasgredió el debido proceso administrativo, los principios de buena fe, igualdad, moralidad, eficacia e imparcialidad.

c) Las pautas del concurso son inmodificables por lo que a la administración no le es dado hacer variaciones por cuanto se afectan los principios fundamentales básicos de los participantes.

d) La trasgresión de las normas violadas se originó en el instante en que el ICBF aplicó criterios de evaluación contenidos en normas expedidas con posterioridad a la apertura de la convocatoria.

e) La apertura del proceso público se hizo a través del aviso de 29 de noviembre de 2017 cuando las competencias comportamentales para los empleos del nivel directivo eran las consignadas en el artículo 2.2.4.8 del Decreto 1083 de 2015, esto es, liderazgo, planeación, toma de decisiones, dirección y desarrollo personal y, conocimiento del entorno.

f) Como quiera que en la entrevista aplicada a los participantes de la convocatoria se aplicaron los parámetros introducidos mediante Resolución no. 13353 de 7 de noviembre de 2018 lo cual se considera que no tenía validez para el proceso que estaba en marcha porque ese acto fue expedido con posterioridad a la apertura de la convocatoria y, en ese sentido modificaba las condiciones y términos establecidos desde el inicio.

g) En lo que hace referencia a la entrevista en el aviso de la convocatoria no se fijaron los criterios y reglas para su aplicación.

h) Si bien existe cierto margen de discrecionalidad de los entrevistadores lo cierto es que esa potestad no puede convertirse en una arbitrariedad ni subjetividad como lo ha expuesto la Corte Constitucional.

i) Por no haberse determinado en la convocatoria los criterios técnicos, lo que significaba la necesidad de reglas claras y precisas sobre las directrices y tipos de preguntas que eventualmente se podían formular, así como tampoco se fijaron los parámetros de evaluación los que debieron ser conocidos previamente por los aspirantes en igualdad de condiciones, revistiendo de publicidad y transparencia el proceso de selección, de suyo se trasgredieron los artículos 29, 83 y 208 de la Constitución política y el artículo 2.2.6.14 del Decreto 1083 de 2015.

CONSIDERACIONES

El artículo 231 de la Ley 1437 de 2011 al cual se acude por la remisión expresa del artículo 296 *ibidem* fija una serie requisitos en materia de suspensión provisional cuando se pretende la nulidad de un acto administrativo, en los siguientes términos:

“Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos...”.

Conforme a lo anterior para que se pueda decretar la suspensión provisional de un acto administrativo debe realizarse un análisis del acto demandado frente a las normas superiores invocadas como vulneradas en la demanda o en la solicitud, según corresponda, para así verificar si hay una violación de aquellas.

En el presente asunto la parte actora considera que el acto administrativo demandado fue expedido irregularmente y con violación de las normas en que debían fundarse por las siguientes razones:

a) En el aviso de la convocatoria BF/17- 009 de 29 de noviembre de 2017 para proveer el cargo de Director Regional del ICBF en el departamento de Huilla que contenía las reglas del proceso de selección fue publicado en esos mismo día mes y año y para ese entonces el ICBF no fijó criterios claros y objetivos respecto de la entrevista como componente clasificatorio del proceso de selección, situación que se vino a remediar mediante la Resolución no. 13353 de 7 de noviembre de 2018, es decir después de haberse surtido el proceso de reclutamiento e inscripción.

b) La apertura del proceso público se hizo a través del aviso de 29 de noviembre de 2017 cuando las competencias comportamentales para los empleos del nivel directivo eran las consignadas en el artículo 2.2.4.8 del Decreto 1083 de 2015, esto es liderazgo, planeación, toma de decisiones, dirección y desarrollo personal y, conocimiento del entorno.

c) En la entrevista realizada a los participantes de la convocatoria se aplicaron los parámetros introducidos mediante Resolución no. 13353 de 7 de noviembre de 2018 lo que se considera no tenía validez para el proceso

de selección ya que ese acto fue expedido con posterioridad a la apertura de la convocatoria y en ese sentido modificaba las condiciones y términos establecidos desde el inicio.

d) La trasgresión de las normas violadas se originó en el instante en que el ICBF aplicó criterios de evaluación contenidos en normas expedidas con posterioridad a la apertura de la convocatoria.

e) En el citado proceso de selección público abierto BF/17 el ICBF infringió el artículo 2.6.14 del Decreto 1883 de 2015 que preceptúa que *“cuando en un concurso se programe entrevista esta no podrá tener un valor superior al 15% dentro de la calificación definitiva (...)”*, lo anterior teniendo en cuenta que en el aviso de invitación de 29 de noviembre de 2017 se dijo que la entrevista tendría 20 puntos.

En los términos en que ha sido formulada la controversia la Sala negará la solicitud de suspensión provisional por las siguientes razones:

1) En este caso concreto la parte actora demanda el nombramiento de la señora Luz Elena Gutiérrez Uribe en el empleo de libre nombramiento y remoción de Director Regional Código 0042, Grado 18 de la planta global de personal asignado al ICBF Regional Huila por presuntas irregularidades en el proceso de convocatoria pública adelantado por esa entidad para proveer ese preciso cargo.

2) Según el artículo 231 de la Ley 1437 de 2011 la solicitud de suspensión provisional procede por violación de las disposiciones invocadas en la demanda cuando esa vulneración surja del acto acusado y *su confrontación* con las normas superiores invocadas como violadas o *del estudio de las pruebas* allegadas con la solicitud, bajo el entendido claro está de que esos medios probatorios den certeza al juez de la ocurrencia de las irregularidades demandadas.

3) En este caso concreto si bien la parte actora con la demanda allegó unos documentos para soportar la solicitud de suspensión provisional del acto acusado, lo cierto es que en esta precisa instancia procesal aún no ha

sido allegado o aportado la totalidad del expediente administrativo que dio lugar a la expedición del acto administrativo acusado que contenga en su conjunto todos los soportes que hicieron parte de la convocatoria pública adelantada por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, para proveer el cargo de Director Regional Código 0042, Grado 18 de la planta global de personal asignado al ICBF Regional Huila, y que le permitan a la Sala tener certeza de la configuración o no de las supuestas irregularidades presentadas en este, más aún cuando precisamente se cuestionan o censuran las etapas de la convocatoria, aspectos que solo pueden verificarse con los documentos integrales que hicieron parte de la convocatoria pública para *“la conformación de la lista de la cual se selecciona la terna para el cargo de director regional”*, por tanto es apenas razonable y lógico que en este momento procesal no se pueda acceder a la medida cautelar solicitada ya que no se trata de un asunto de puro derecho sino que, se requiere hacer un análisis probatorio integral una vez se encuentren recaudadas todas de las pruebas que soportaron la convocatoria pública para proveer el cargo ahora demandado.

4) En consecuencia la Sala habrá de denegar la solicitud de suspensión provisional del acto de nombramiento contenido en la Resolución no. 7791 de 5 de septiembre de 2019 expedida por el Secretaria General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) mediante la cual se nombró con carácter ordinario a la señora Luz Elena Gutiérrez Uribe en el empleo de libre nombramiento y remoción de Director Regional Código 0042, Grado 18 de la planta global de personal asignado a la Regional Huila

5) Por las anteriores razones la demanda se admitirá y se denegará la medida de suspensión provisional del acto administrativo cuya nulidad se pretende.

Por lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN PRIMERA, SUBSECCIÓN B,**

RESUELVE:

1º) Por reunir los requisitos de oportunidad y forma **admítase en primera instancia** la demanda presentada el señor Ernesto Jesús Espinosa Jiménez en nombre propio en ejercicio del medio de control jurisdiccional electoral en contra del acto de nombramiento contenido en la Resolución no. 7791 de 5 de septiembre de 2019 expedida por el Secretaria General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) mediante la cual se nombró con carácter ordinario a la señora Luz Elena Gutiérrez Uribe en el empleo de libre nombramiento y remoción de Director Regional Código 0042, Grado 18 de la planta global de personal asignado a la Regional Huila.

2º) **Niégase** la medida de suspensión provisional del acto administrativo demandado.

3º) **Notifíquese** personalmente este auto a la señora Luz Elena Gutiérrez Uribe, persona cuya elección como Director Regional Código 0042, Grado 18 de la planta global de personal ICBF asignado a la Regional Huila se impugna en este proceso, conforme a la regla prevista en el literal a) del artículo 277 de la Ley 1437 de 2011 con entrega de copia de la demanda y sus anexos, e **infórmesele** que la demanda podrá ser contestada dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación personal del auto admisorio de la demanda o al del día siguiente de la publicación del respectivo aviso, según el caso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 279 de la Ley 1437 de 2011.

Si no fuere posible la notificación personal dentro de los dos (2) días siguientes a la expedición de este auto, **notifíquese** de conformidad con lo previsto en los literales b) y c) del artículo 277 de la Ley 1437 de 2011, con aplicación de lo consagrado en los literales f) y g) de esa misma disposición los cuales disponen lo siguiente:

"ARTÍCULO 277. CONTENIDO DEL AUTO ADMISORIO DE LA DEMANDA Y FORMAS DE PRACTICAR SU NOTIFICACIÓN. Si la demanda reúne los requisitos legales se admitirá mediante auto, en el que se dispondrá:

(...).

b) Si no se puede hacer la notificación personal de la providencia dentro de los dos (2) días siguientes a su expedición en la dirección informada por el demandante o este manifiesta que la ignora, se notificará al elegido o nombrado, sin necesidad de orden especial, mediante aviso que se publicará por una vez en dos (2) periódicos de amplia circulación en el territorio de la respectiva circunscripción electoral.

c) El aviso deberá señalar su fecha y la de la providencia que se notifica, el nombre del demandante y del demandado, y la naturaleza del proceso, advirtiendo que la notificación se considerará surtida en el término de cinco (5) días contados a partir del día siguiente al de su publicación.

(...).

f) Las copias de la demanda y de sus nexos quedarán en la Secretaría a disposición del notificado, y el traslado o los términos que conceda el auto notificado solo comenzarán a correr tres (3) días después de la notificación personal o por aviso, según el caso.

g) Si el demandante no acredita las publicaciones en la prensa requeridas para surtir las notificaciones por aviso previstas en los literales anteriores, dentro de los veinte (20) días siguientes a la notificación al Ministerio Público del auto que la ordena, se declarará terminado el proceso por abandono y se ordenará archivar el expediente.” (se destaca).

De las citadas normas se desprende que si no se puede hacer la notificación personal de esta providencia dentro de los dos (2) días siguientes a su expedición la notificación se realizará sin necesidad de orden especial, mediante aviso que se publicará por una vez en dos (2) periódicos de amplia circulación en el territorio de la respectiva circunscripción electoral.

En ese orden, las disposiciones transcritas preceptúan que el aviso deberá señalar su fecha y la de la providencia que se notifica, el nombre del demandante y del demandado, y la naturaleza del proceso, advirtiendo que la notificación se considerará surtida en el término de cinco (5) días contados a partir del día siguiente al de su publicación y que las copias de la demanda y sus anexos quedarán en la Secretaría a disposición del notificado, y el traslado o los términos que conceda el auto notificado sólo comenzarán a correr tres (3) días después de la notificación personal o por aviso, según el

caso; de igual manera, si el demandante no acredita las publicaciones en la prensa requeridas para surtir las notificaciones por aviso previstas en los literales anteriores, dentro de los veinte (20) días siguientes a la notificación del Ministerio Público del auto que la ordena, se declarará terminado el proceso por abandono y se ordenará archivar el expediente.

2°) Notifíquese personalmente este auto al representante legal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) y al Secretario General de misma entidad, mediante mensaje dirigido al buzón electrónico para notificaciones judiciales de dicha entidad en atención a lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 277 de la Ley 1437 de 2011, e **infórmerseles** que la demanda podrá ser contestada dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación personal del auto admisorio de la demanda o al del día de la publicación, según el caso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 279 *ibidem*.

3°) Notifíquese personalmente al Ministerio Público.

4°) Notifíquese por estado a la parte actora.

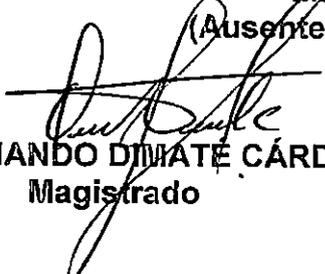
5°) Previa coordinación con las autoridades respectivas, por Secretaría **infórme** a la comunidad la existencia del proceso en la forma prevista en el numeral 5 del artículo 277 de la Ley 1437 de 2011, de lo cual se dejará constancia en el expediente.

6°) Notifíquese personalmente al director general o al representante delegado para recibir notificaciones de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado en los términos del artículo 199 de la Ley 1437 de 2011.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE


FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado

MOISÉS RODRIGO MAZABEL PINZÓN
Magistrado
(Ausente con permiso)


ÓSCAR ARMANDO DIVATE CÁRDENAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECRETARÍA SECCIÓN PRIMERA
NOTIFICACIÓN POR ESTADO

El auto anterior se notifica a las partes por ESTADO de
hoy, 30 OCT. 2019

La (el) Secretana (o) Antul