

Bogotá, tres (3) de octubre de dos mil diecinueve (2019)

1

Honorables

CONSEJEROS DE ESTADO –SECCIÓN QUINTA-Reparto-

Consejo de Estado

Carrera 12 No. 7-65

Bogotá

Ref. ACCIÓN DE NULIDAD ELECTORAL CON SOLICITUD DE SUSPENSION PROVISIONAL.

Accionante: ERNESTO JESÚS ESPINOSA JIMÉNEZ

Accionados: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR

Tercero interesado: LUZ ELENA GUTIERREZ URIBE

Acto Demandado: RESOLUCIÓN 7791 del 5 de septiembre de 2019 expedida por el Secretario General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Cecilia de la Fuente de Lleras, *“Por la cual se hace un nombramiento ordinario”*

Honorables Consejeros de Estado:

ERNESTO JESÚS ESPINOSA JIMENEZ, mayor de edad e identificado con la cédula de ciudadanía N°93395989 de Ibagué, actuando en nombre propio y en ejercicio del medio de control de Nulidad Electoral consagrado en el artículo 139 de la ley 1437 de 2011, solicito a Ustedes la nulidad del nombramiento de la doctora Luz Elena Gutiérrez



Uribe, como Directora Regional Huila con fundamento en los siguientes presupuestos:



I. PARTES

Accionante.

ERNESTO JESÚS ESPINOSA JIMÉNEZ identificado con la CC N° 93395989 de Ibagué, con domicilio en la ciudad de Bogotá en la carrera 13 No. 119-95 oficina 302 correo electrónico ernestoepinosa2016@gmail.com.

Demandados.

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR CECILIA DE LA FUENTE DE LLERAS, representada legalmente por la Directora General, doctora **Juliana Pungiluppi** o quien en el futuro haga sus veces. Quien podrá ser notificada en Av. Carrera 68 # 64C - 75 Bogotá, Colombia correo electrónico notificaciones.Judiciales@icbf.gov.co.

Tercero Interesado.

Deberá convocarse como tercero interesado a la señora **LUZ ELENA GUTIÉRREZ URIBE**, quien podrá ser notificada en el domicilio laboral ubicado en la Cl. 21 #1e-40, Neiva, Huila

II. PRETENSIONES

3

PRIMERA: Que se declare la nulidad de la RESOLUCIÓN 7791 del 5 de septiembre de 2019 expedida por el Secretario General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Cecilia de la Fuente de Lleras, *“Por la cual se hace un nombramiento ordinario”* por cuanto el acto de nombramiento fue expedido de manera irregular.

III. HECHOS

PRIMERO: El día 29 de noviembre de 2017, la Directora General de la entidad accionada, dispuso la apertura del proceso de conformación de la lista de la cual se seleccionaría la terna para el nombramiento del empleo de Director Regional Código 0042 en la ciudad de Neiva. El proceso de selección se identificó con el número BF/17-009

SEGUNDO: El proceso de selección se estructuró así:

1. Prueba de conocimientos de carácter eliminatoria 40 puntos
2. Antecedentes de carácter clasificatorio 20 puntos
3. Competencias de carácter clasificatorio 20 puntos
4. Entrevista, de carácter clasificatorio 20 puntos.

La puntuación asignada al componente de la entrevista resulta violatorio de lo dispuesto en el artículo 2.2.6.14 del Decreto 1083 de 2015, que dispone: *“Cuando en un concurso se programe entrevista, ésta no podrá tener un valor superior al quince por ciento (15%) dentro de la calificación definitiva y el jurado calificador será*

integrado por un mínimo de tres (3) personas, cuyos nombres deberán darse a conocer con mínimo tres (3) días de antelación a su realización.

4

La entrevista deberá grabarse en medio magnetofónico, grabación que se conservará en el archivo del concurso por un término no inferior a seis (6) meses, contados a partir de la fecha de expedición de la lista de elegibles. El jurado deberá dejar constancia escrita de las razones por las cuales descalifican o aprueban al entrevistado.”

TERCERO: El artículo 2.2.28.4 del Decreto 1083 de 2015 establece que en el proceso de selección se tendrán en cuenta criterios de mérito, capacidad y experiencia para el desempeño del empleo y por lo menos deberá comprender la aplicación de una o varias pruebas dirigidas a evaluar los conocimientos o aptitudes requeridos para el desempeño del empleo, la práctica de una entrevista y una valoración de antecedentes de estudio y experiencia.

CUARTO: En el aviso de invitación de fecha 29 de noviembre de 2017 del proceso número BF/17-009 la entidad accionada desconoció las reglas fijadas por la jurisprudencia para la aplicación del instrumento de la entrevista, entre las que se tienen: (i) Previo a la realización de la entrevista, se deben publicar los parámetros y condiciones de su realización y evaluación;(ii) Los entrevistadores deben dejar constancia por escrito y de manera motivada de las razones de la calificación de un aspirante;(iii) Previo a la realización de la entrevista se deben publicar mecanismos idóneos de verificación y control del papel de los entrevistadores, de manera tal que

estos no desarrollen de manera arbitraria, subjetiva e imparcial su rol; y (iv) Los nombres de los jurados entrevistadores deberán publicarse varios días antes de la realización de la entrevista y pueden ser recusados si existen razones válidas, objetivas y probadas que pongan en duda su imparcialidad.¹



QUINTO: La entidad accionada, en aras de enmendar el error de no haber definido previamente los parámetros y criterios de la entrevista en el proceso de selección del número BF/17-009, profirió la Resolución No. 13353 del 7 de noviembre de 2018, en la que se fijaron los parámetros para la realización de las entrevistas previstas en los procesos de convocatoria para la confirmación de las ternas para la provisión del empleo de Director Regional.

SEXTO: En la Resolución No. 13353 del 7 de noviembre de 2018, la entidad demandada estableció como parámetro para la realización de la entrevista el evaluar las competencias previstas en el artículo 2.2.4.8 del Decreto 1083 de 2015

SÉPTIMO: Para la fecha en que se dio apertura al proceso de selección número BF/17-009, las competencias comportamentales que debían ser tenidas en cuenta eran las siguientes:

1. Liderazgo
2. Planeación
3. Toma de decisiones
4. Dirección y Desarrollo de Personal

¹ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejera Ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, sentencia 25 de abril de 2019, Radicación número: 11001-03-25-000-2015-01053-00(4603-15)

5. Conocimiento del entorno



OCTAVO: La Resolución 13353 del 7 de noviembre de 2018, adoptó los siguientes criterios de valoración, i) visión estratégica; ii) Liderazgo efectivo; iii) Planeación; iv) Toma de decisiones; v) Gestión del desarrollo de las personas; vi) Pensamiento sistemático; vii) Resolución de conflictos.

NOVENO: Dentro del proceso de selección BF/17-009 se incluyeron como nuevas competencias para evaluar mediante el mecanismo de la entrevista, las siguientes: i) visión estratégica; ii) Liderazgo efectivo; iii) Gestión del desarrollo de las personas; iv) Pensamiento sistemático; y v) Resolución de conflictos.

DÉCIMO: Con la aplicación de la Resolución No. 13353 del 7 de noviembre de 2018 en el proceso de selección BF/17-009 se modificó las reglas de la convocatoria, dado que se evaluaron competencias comportamentales distintas a las vigentes al momento de la apertura de la convocatoria.

DÉCIMO PRIMERO: cumplidos los fines de la convocatoria pública, el Secretario General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Cecilia de la Fuente Lleras, profirió la Resolución No. 7791 del 5 de septiembre de 2019, mediante la cual se nombró en el empleo de Directora Regional Código 0042 Grado 18 a la doctora LUZ ELENA GUTIÉRREZ URIBE, Regional Huila.

DÉCIMO SEGUNDO: El acto administrativo cuya nulidad se solicita, fue publicado el día lunes 9 de septiembre de 2019 en la página de la entidad. Link

<https://www.icbf.gov.co/resolucion-no-7791-del-5-de-septiembre-de-2019>, o en <https://www.icbf.gov.co/gstion-y-transparecia/gestion-humana/libre-nombramiento-y-remocion>



IV. CASUAL DE NULIDAD

Conforme al numeral 5º del artículo 275 del CPACA, los actos de nombramiento o elección son nulos en los eventos previstos en el artículo 137 ibídem. Por su parte, la citada disposición determina que los actos administrativos son nulos cuando hayan sido expedidos de manera irregular.

V. NORMAS VIOLADAS.

El nombramiento de la doctora ELENA GUTIÉRREZ URIBE, en el empleo de Directora Regional Código 0042 Grado 18, Regional Huila deviene ilegal, por cuanto en la convocatoria pública diseñada por el ICBF para el efecto se desconocieron los artículos 29, 83, y 209 Superior y el artículo 2.2.6.14 del Decreto 1083 de 2015.

VI. LOS CARGOS.

a. Primer cargo. Expedición irregular

El acto administrativo acusado fue expedido de manera irregular, toda vez que se quebrantaron las reglas de la convocatoria diseñada para proveer el empleo de Director Regional Huila.

Sobre este vicio y la obligatoriedad del acatamiento de los términos de la convocatoria, Sala de la Sección Quinta del Consejo de Estado², ha considerado:



"Además, debe destacarse que la Sala³ ha sostenido que la convocatoria pública es una herramienta eficaz para lograr una mayor participación ciudadana y materializar de forma efectiva el acceso igualitario a los cargos públicos. Sin embargo, su carácter participativo no puede ser óbice para desconocer que los términos que en ella se estipulan se constituyen como normas reguladoras del procedimiento administrativo que desarrollan y en esa medida son vinculantes y de obligatorio cumplimiento, tanto para la administración como para los participantes del proceso de selección.

La convocatoria pública es un acto a través del cual se inicia un proceso selectivo abierto a la población en general, en el cual desde el principio y de manera expresa se especifican ciertas reglas y condiciones de participación.

En efecto, los términos en los que se convoca a la ciudadanía a participar en el proceso de selección, generan deberes y derechos recíprocos tanto para los interesados, como para la entidad pública que está llevando a cabo el respectivo procedimiento, razón por la cual dichas condiciones no solo

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia 23 de marzo de 2017, Consejera Ponente, doctora Rocio Araujo Oñate, radicación 25000-23-41-000-2016-00219-01

³ Ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente 11001-03-28-000-2014-000128-00 y 11001-03-28-000-2014-000125-00 (acumulados). Sentencia de 03 de agosto de 2015. Demandado: Jorge Eliécer Laverde Vargas (Secretario de la Comisión Sexta Constitucional Permanente del Senado de la República). C.P.: Dr. Alberto Yepes Barreiro.

permean y son transversales a toda la actuación administrativa, sino que además vinculan a la administración.

*Así las cosas, es evidente que los términos y condiciones en los que se expida una convocatoria pública se erigen como un marco jurídico de obligatorio acatamiento para las partes que en ella intervienen, razón por la cual los lapsos, requisitos, formas de calificación, entre otros aspectos, que en ella se consagren son de estricta observancia, y en consecuencia, su modificación o variación solo se permite en casos excepcionalísimos, que no se configuraron en el presente caso, pues de lo contrario los principios de buena fe y confianza legítima se verían resquebrajados.*⁴ *Negrilla y subrayado es propio.*

La irregularidad que afecta el nombramiento de la señora Luz Elena Gutiérrez Uribe, se concreta en el hecho haberse modificado sustancialmente las reglas de la convocatoria BF/M 7-009. Veamos:

Recordemos, que el aviso de la convocatoria que contiene las reglas del proceso fue publicado el día 29 de noviembre de 2017, y para ese entonces, la entidad no fijo criterios claros y objetivos respecto de la entrevista como componente clasificatorio del proceso de selección. Situación que vino a remediar mediante la Resolución No. 13353 del 7 de noviembre de 2018, es decir, mucho después de haberse surtido el proceso de reclutamiento e inscripción.

⁴ Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia de 3 de agosto de 2015. C.P. Alberto Yepes Barreiro Rad. 11001-03-28-000-2014-00128-00

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

Así entonces, en el proceso diseñado para proveer el empleo de libre nombramiento y remoción de Director Regional Código 00422 Grado 18 regional Huila, la entidad demandada debió previo a la publicación de la convocatoria establecer los criterios de la entrevista atendiendo lo señalado por la jurisprudencia constitucional y del propio Consejo de Estado.

Además, ante la ausencia de norma especial que regulara lo referente a los aspectos de la entrevista, debió acudir y dar aplicación a lo señalado en la norma general, esto es, el artículo.2.6.14 del Decreto 1083 de 2015 , que dispone: "*Cuando en un concurso se programe entrevista, ésta no podrá tener un valor superior al quince por ciento (15%) dentro de la calificación definitiva y el jurado calificador será integrado por un mínimo de tres (3) personas, cuyos nombres deberán darse a conocer con mínimo tres (3) días de antelación a su realización.*

La entrevista deberá grabarse en medio magnetofónico, grabación que se conservará en el archivo del concurso por un término no inferior a seis (6) meses, contados a partir de la fecha de expedición de la lista de elegibles. El jurado deberá dejar constancia escrita de las razones por las cuales descalifican o aprueban al entrevistado.”

La aplicación por parte del ICBF de la norma en cita no desnaturalizaba el proceso para proveer el empleo de libre nombramiento y remoción, por el contrario, con ella garantizaba la observancia de los principios constitucionales de objetividad, igualdad, transparencia e imparcialidad, entre otros.

Ratifica lo anterior, lo dicho en las sentencias C-372 de 1999, SU-613 de 2002, T-385 de 2005, C -478 de 2005, C-105 de 2013, en las que la Corte Constitucional ha precisado con total claridad que, la prueba de la entrevista se aviene a los principios, valores y derechos constitucionales, siempre que su diseño y realización cumpla con las siguientes reglas generales: *“(i) La realización de la entrevista no puede implicar la consideración subjetiva de las calidades de los entrevistados para inclinar la balanza del concurso a favor o en contra, según la simpatía o animadversión personal que generen los aspirantes, lo cual significa, en criterio de esta Sala, que la prueba de entrevista no puede tener carácter eliminatorio, sino clasificatorio, es decir, que los resultados de su realización, nunca pueden significar la exclusión de un concursante, aseveración que para esta Sección tiene el carácter de regla jurisprudencial; (ii) Previo a la realización de la entrevista, se deben publicar los parámetros y condiciones de su realización y evaluación;(iii) Las demás pruebas o instrumentos de selección no*

pueden ser desconocidos a costa de los resultados que arroje la entrevista, ni puede la administración sobrevalorar la calificación en ella obtenida de tal manera que se distorsione o desconozca la relevancia de las demás pruebas, es decir, que la entrevista es una prueba accesoria y secundaria, lo que a juicio de la Sala también implica que la prueba de entrevista no puede tener carácter eliminatorio, sino clasificatorio, porque lo contrario, implicaría desconocer los resultados de las demás pruebas a aplicar; (iv) No son admisibles preguntas sobre el ámbito personal del aspirante, porque atentan contra derechos como el de la intimidad; (v) Los entrevistadores deben dejar constancia por escrito y de manera motivada de las razones de la calificación de un aspirante; (vi) Previo a la realización de la entrevista se deben publicar mecanismos idóneos de verificación y control del papel de los entrevistadores, de manera tal que estos no desarrollen de manera arbitraria, subjetiva e imparcial su rol; y (vii) Los nombres de los jurados entrevistadores deberán publicarse varios días antes de la realización de la entrevista y pueden ser recusados si existen razones válidas, objetivas y probadas que pongan en duda su imparcialidad.(...)⁵

Quiere lo anterior decir, que ante la inobservancia o violación de uno cualquiera de los presupuestos señalados para la entrevista por la Corte Constitucional y acogidos por el Consejo de Estado necesariamente se vulneran principios de raigambre constitucional.

⁵ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejera Ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, sentencia 25 de abril de 2019, Radicación número: 11001-03-25-000-2015-01053-00(4603-15)

Los requisitos establecidos por la Corte Constitucional y acogidos por la Sección electoral del Consejo de Estado tienen aplicación en todas las convocatorias públicas diseñadas para el acceso a la función pública y no solamente en los concursos para proveer empleos de carrera administrativa.

En el presente asunto, no existe razón suficiente para que la entidad demandada se hubiese sustraído del deber de aplicar en lo que respecta al puntaje de la entrevista lo señalado en el artículo 2.2.6.14 del Decreto 1083 de 2015, que dispone: "*Cuando en un concurso se programe entrevista, ésta no podrá tener un valor superior al quince por ciento (15%) dentro de la calificación definitiva...*"

Recordemos, que la entidad demandada decidió discrecionalmente asignar a la entrevista 20 puntos a pesar que la norma general determina que esta no podrá tener un valor superior al quince por ciento (15%) dentro de la calificación definitiva.

Además, y como si fuera poco, la entidad al momento de evaluar el componente de competencias comportamentales, tuvo en cuenta las establecidas en el artículo 2.2.4.8. del Decreto 1083 de 2015. Sin embargo, para efectos de la entrevista y en aplicación de la Resolución No. 13353 del 7 de noviembre de 2018 evaluó competencias comportamentales distintas. Veamos:

Tal y como lo hemos referido desde un comienzo, en la convocatoria BF/17-009 del 29 de noviembre de 2017, el ICBF no estableció los criterios evaluables mediante la entrevista, en tanto se limitó a señalar que esta tendría puntaje de 20 puntos.



Sin embargo, con la expedición de la Resolución No. 13353 del 7 de noviembre de 2018, la entidad estableció los parámetros para la realización de las entrevistas, y en ella se dijo claramente en el artículo sexto que los criterios de valoración de puntajes máximos por competencia para la entrevista serían los siguientes:

Ítem	Competencia	Puntaje Mínimo	Puntaje Máximo
1.	Visión estratégica	0	14
2.	Liderazgo efectivo	0	15
3.	Planeación	0	15
4.	Toma de decisiones	0	15
5.	Gestión del desarrollo de las personas	0	14
6.	Pensamiento Sistemático	0	14
7.	Resolución de conflictos	0	14
	TOTAL		100

Lo dispuesto en la Resolución No. 13353 del 7 de noviembre de 2018 no tenía aplicación a la convocatoria BF/17- 009 por cuanto, para la fecha en que se dio apertura al proceso, las competencias comportamentales eran las siguientes:

1. Liderazgo
2. Planeación
3. Toma de decisiones
4. Dirección y desarrollo de personal
5. Conocimiento del entorno

b. Segundo cargo. Violación de las normas en las que debió fundarse.

En el proceso de selección público abierto BF/17, la entidad demandada infringió el artículo 2.2.6.14 del Decreto 1083 de 2015, que establece:

“Entrevista. Cuando en un concurso se programe entrevista, ésta no podrá tener un valor superior al quince por ciento (15%) dentro de la calificación definitiva y el jurado calificador será integrado por un mínimo de tres (3) personas, cuyos nombres deberán darse a conocer con mínimo tres (3) días de antelación a su realización.

La entrevista deberá grabarse en medio magnetofónico, grabación que se conservará en el archivo del concurso por un término no inferior a seis (6) meses, contados a partir de la fecha de expedición de la lista de elegibles. El jurado deberá dejar constancia escrita de las razones por las cuales descalifican o aprueban al entrevistado.” (Negrilla y subrayado es propio)

Lo anterior, atendiendo que en el aviso de invitación de fecha 29 de noviembre de 2017 se dio que la entrevista tendría 20 puntos.

VII. CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

Violación al debido proceso administrativo – principio de confianza legítima-
Principios de la función administrativa.

La jurisprudencia nacional ha sido clara en señalar que la convocatoria constituye una norma que se convierte en obligatoria en el concurso, en consecuencia, cualquier incumplimiento de las etapas y procedimientos consignados en ella, vulnera el derecho fundamental del debido proceso que le asiste a los participantes, salvo que las modificaciones realizadas en el trámite del concurso por factores exógenos sean plenamente publicitadas a los aspirantes para que, de esta forma, conozcan las nuevas reglas de juego que rigen la convocatoria para proveer los cargos de carrera administrativa.

Así, la convocatoria en el concurso público de méritos es la norma que, de manera fija, precisa y concreta reglamenta las condiciones y los procedimientos que deben cumplir y respetar tanto los participantes como la administración. Son reglas inmodificables, que tienen un carácter obligatorio, que imponen a la administración y a los aspirantes el cumplimiento de principios como la igualdad y la buena fe. Las reglas del concurso autovinulan y controlan a la administración, y se vulnera el derecho del debido proceso cuando la entidad organizadora del concurso cambia las reglas de juego aplicables y sorprende al concursante que se sujetó a ellas de buena fe. Solo en casos excepcionales, y por “factores exógenos”, como señala el precedente de la Corte Constitucional⁶, cuando se varían las etapas o normas, dicha modificación debe ser publicitada a los participantes. Reglas que deben ser precisas y concretas, con el fin de que los aspirantes tengan un mínimo de certeza frente a las etapas del proceso de selección y la duración de las mismas, que no los someta a una espera indefinida y con dilaciones injustificadas.

⁶ T-182 de 2016.



Sobre el particular, la Corte Constitucional ha señalado que, "El concurso público es el mecanismo establecido por la Constitución para que en el marco de una actuación imparcial y objetiva, se tenga en cuenta el mérito como criterio determinante para proveer los distintos cargos en el sector público, a fin de que se evalúen las capacidades, la preparación y las aptitudes generales y específicas de los distintos aspirantes a un cargo, para de esta manera escoger entre ellos al que mejor pueda desempeñarlo, dejando de lado cualquier aspecto de orden subjetivo. Ahora bien, el concurso de méritos al ser un instrumento que garantiza la selección fundada en la evaluación y la determinación de la capacidad e idoneidad del aspirante para desempeñar las funciones y asumir responsabilidades, se convierte en una actuación administrativa que debe ceñirse a los postulados del debido proceso constitucional (artículo 29 Superior). Para cumplir tal deber, la entidad encargada de administrar el concurso de méritos elabora una resolución de convocatoria, la cual contiene no sólo los requisitos que deben reunir los aspirantes a los cargos para los cuales se efectúa el concurso, sino que también debe contener los parámetros según los cuales la misma entidad administrativa debe someterse para realizar las etapas propias del concurso, así como la evaluación y la toma de la decisión que concluye con la elaboración de la lista de elegibles. Hacer caso omiso a las normas que ella misma, como ente administrador expida, o sustraerse al cumplimiento de éstas, atenta contra el principio de legalidad al cual debe encontrarse siempre sometida la administración, así como también contra los derechos de los aspirantes que se vean afectados con tal situación."⁷ (Negrilla y subrayado fuera de texto)

⁷ T-090/13



La Corte, igualmente ha establecido de manera pacífica que, *"las bases del concurso se convierten en reglas particulares que obligan tanto a los participantes como a la entidad convocante razón por la cual deben ser respetadas y resultan inmodificables. De lo contrario, esto es, cambiar las reglas que han generado confianza legítima en quienes participan, conduciría a la ruptura del principio de la buena fe y atentaría contra la igualdad, la moralidad, la eficacia y la imparcialidad, todos ellos principios que ineludiblemente rigen la actividad administrativa."*⁸ (Negrilla y subrayado fuera de texto)

En cuanto las convocatorias públicas distintas a los concursos de méritos, el Consejo de Estado⁹ precisó:

"No cabe duda de que las reglas establecidas en una convocatoria pública son vinculantes y de obligatorio cumplimiento, en particular para el ente convocante, por varias razones, entre ellas:

5.5.1. Porque hecha la convocatoria se abre para un grupo humano una expectativa concreta de ruta reglada de acceso a cargos públicos, que si bien hasta ese momento tiene un carácter provisional, en virtud de ella el grupo de los interesados comienza a adecuar su conducta en función de tales actos de convocatoria adelantados por el Estado, y por lo tanto, esa clase de

⁸ T-112 A/14

⁹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN QUINTA, Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE, sentencia del 4 de mayo de 2017, Radicación número: 73001-23-33-000-2016-00107 02

actuaciones tiene una importancia jurídica significativa en cuanto elemento propio de la creación de reglas democráticas estables que generan la construcción de la confianza, por su conexión con la realización del pacto fundamental de la sociedad, puntualmente respecto de principios, valores y derechos estructurales de ese pacto.

5.5.2. Porque cumplido el término de la convocatoria y habiendo sido atendida la misma, se fija dicha ruta reglada para quienes sean aceptados, consolidándose para ellos una expectativa legítima de materialización del derecho de acceso a cargos públicos que, si bien no genera un derecho subjetivo aún, no pueden ser cambiadas las reglas democráticas ni puede ser defraudada esa expectativa por el Estado porque constituiría incumplimiento del deber constitucional de ceñir sus actuaciones a los postulados de la buena fe, con las consecuencias jurídicas correspondientes.

5.5.3. Porque el núcleo esencial del derecho fundamental al debido proceso que, como lo señala expresamente la norma constitucional se aplica a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, está compuesto por una serie de elementos entre los cuales se encuentra el principio de legalidad o de preexistencia, de suerte que si uno de los objetivos primordiales del Estado de derecho consiste en establecer un entorno de seguridad y estabilidad jurídica como condición indispensable para el logro de los propósitos sociales fundantes de convivencia armónica y desarrollo social, en este escenario de concreción del principio democrático constituye regla dura que,

aprovechando su capacidad gráfica más universal (en un propósito pedagógico de acercamiento a la ciudadanía que no es extraño a su función), esta Corporación se permite expresar a través de una frase coloquial que se formula así: no se vale cambiar las reglas del juego en la mitad del partido.

5.5.4. Porque si las reglas de la convocatoria definen como objetivo la conformación de una lista de elegibles, consolidada dicha lista se concreta un derecho subjetivo en cabeza del primero de la lista que no puede ser conculcado.”

Sobre el último punto, la Sección Quinta del Consejo de Estado ha sostenido con reiteración lo siguiente:

“Como se ha expuesto a lo largo de esta providencia, la convocatoria pública es una herramienta eficaz para lograr una mayor participación ciudadana y materializar de forma efectiva el acceso igualitario a los cargos públicos. Sin embargo, su carácter participativo no puede ser óbice para desconocer que los términos que en ella se estipulan se constituyen como normas reguladoras del procedimiento administrativo que desarrollan y en esa medida son vinculantes y de obligatorio cumplimiento, tanto para la administración como para los participantes del proceso de selección.

La convocatoria pública es un acto a través del cual se inicia un proceso selectivo abierto a la población en general, en el cual desde el principio y de manera expresa se especifican ciertas reglas y condiciones de participación.

21

En efecto, los términos en los que se convoca a la ciudadanía a participar en el proceso de selección, generan deberes y derechos recíprocos tanto para los interesados, como para la entidad pública que está llevando a cabo el respectivo procedimiento, razón por la cual dichas condiciones no solo permean y son transversales a toda la actuación administrativa, sino que además vinculan a la administración”.¹⁰

Con lo anterior queremos significar que las reglas de la convocatoria son de obligatorio cumplimiento no solo en los concursos de mérito sino en todas las que tengan como fin garantizar el ingreso a la función pública.

Entonces, con los cambios introducidos por parte del ICBF en la convocatoria BF/17 – 009 a través de la Resolución No. 13353 del 7 de noviembre de 2018 transgredió la garantía del derecho al debido proceso administrativo, principio de buena fe, igualdad, moralidad, eficacia e imparcialidad.

La convocatoria es, entonces, *“la 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”*, y como tal impone las reglas de obligatoria observancia para

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 3 de agosto de 2015, CP. Alberto Yepes Barreiro, Exp. No. 11001-03-28-000-2014-00128-00

todos. En ella la administración impone los parámetros que guiarán el proceso y los participantes, en ejercicio del principio de la buena fe y la confianza legítima, esperan su observancia y cumplimiento. La Corte Constitucional, sobre este particular, ha considerado que el Estado debe respetar y observar todas y cada una de las reglas y condiciones que se imponen en las convocatorias, porque su desconocimiento se convertiría en una trasgresión de principios axiales de nuestro ordenamiento constitucional, entre otros, la transparencia, la publicidad, la imparcialidad, así como el respeto por las legítimas expectativas de los concursantes. En consecuencia, las normas de la convocatoria sirven de autovinculación y autocontrol porque la administración debe *"respetarlas y que su actividad, en cuanto a la selección de los aspirantes que califiquen para acceder al empleo o empleos correspondientes, se encuentra previamente regulada."*¹¹

En ese contexto, es indiscutible que las pautas del concurso son inmodificables y, en consecuencia, a la administración no le es dado hacer variaciones por cuanto se afectarían principios básicos de nuestra organización, como derechos fundamentales de los asociados en general y de los participantes en particular.

La transgresión de las normas violadas se originó en el instante mismo en que el ICBF aplicó criterios de evaluación contenidos en normas expedidas con posterioridad a la apertura de la convocatoria BF/17-009.

¹¹Sentencia SU-446 de 2011.

Recordemos que, la apertura del proceso público se hizo a través del aviso de fecha 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 eran:

“Competencias Comportamentales por nivel jerárquico. Las siguientes son las competencias comportamentales que, como mínimo, deben establecer las entidades para cada nivel jerárquico de empleos; cada entidad podrá adicionarlas con fundamento en sus particularidades:

1 Nivel Directivo.

Competencia	Definición de la competencia	Conductas asociadas
Liderazgo	Guiar y dirigir grupos y establecer y mantener la cohesión de grupo necesaria para alcanzar los objetivos organizacionales.	Mantiene a sus colaboradores motivados. Fomenta la comunicación clara, directa y concreta. Constituye y mantiene grupos de trabajo con un desempeño conforme a los estándares. Promueve la eficacia del equipo. Genera un clima positivo y de seguridad en sus colaboradores. Fomenta la participación de todos en los procesos de reflexión y de toma de decisiones. Unifica esfuerzos hacia objetivos y metas institucionales.
Planeación	Determinar eficazmente las metas y prioridades institucionales, identificando las acciones, los responsables, los plazos y los recursos requeridos para alcanzarlas.	Anticipa situaciones y escenarios futuros con acierto. Establece objetivos claros y concisos, estructurados y coherentes con las metas organizacionales. Traduce los objetivos estratégicos en planes prácticos y factibles. Busca soluciones a los problemas. Distribuye el tiempo con eficiencia. Establece planes alternativos de acción.
Toma de decisiones	Elegir entre una o varias alternativas para solucionar un problema o atender una situación, comprometiéndose con acciones concretas y consecuentes con la decisión.	Elige con oportunidad, entre muchas alternativas, los proyectos a realizar. Efectúa cambios complejos y comprometidos en sus actividades o en las funciones que tiene asignadas cuando detecta problemas o dificultades para su realización. Decide bajo presión. Decide en situaciones de alta complejidad e incertidumbre

<p><i>Dirección y Desarrollo de Personal</i></p>	<p><i>Favorecer el aprendizaje y desarrollo de sus colaboradores, articulando las potencialidades y necesidades individuales con las de la organización para optimizar la calidad de las contribuciones de los equipos de trabajo y de las personas, en el cumplimiento de los objetivos y metas organizacionales presentes y futuras.</i></p>	<p><i>Identifica necesidades de formación y capacitación y propone acciones para satisfacerlas.</i></p> <p><i>Permite niveles de autonomía con el fin de estimular el desarrollo integral del empleado.</i></p> <p><i>Delega de manera efectiva sabiendo cuándo intervenir y cuándo no hacerlo.</i></p> <p><i>Hace uso de las habilidades y recurso de su grupo de trabajo para alcanzar las metas y los estándares de productividad.</i></p> <p><i>Establece espacios regulares de retroalimentación y reconocimiento del desempeño y sabe manejar hábilmente el bajo desempeño.</i></p> <p><i>Tiene en cuenta las opiniones de sus colaboradores.</i></p> <p><i>Mantiene con sus colaboradores relaciones de respeto.</i></p>
<p><i>Conocimiento del entorno</i></p>	<p><i>Estar al tanto de las circunstancias y las relaciones de poder que influyen en el entorno organizacional.</i></p>	<p><i>Es consciente de las condiciones específicas del entorno organizacional.</i></p> <p><i>Está al día en los acontecimientos claves del sector y del Estado.</i></p> <p><i>Conoce y hace seguimiento a las políticas gubernamentales.</i></p> <p><i>Identifica las fuerzas políticas que afectan la organización y las posibles alianzas para cumplir con los propósitos organizacionales.</i></p>

En últimas las competencias evaluables eran solamente cinco (5), a saber: i) Liderazgo; ii) Planeación; iii) Toma de decisiones; iv) Dirección y Desarrollo de Personal; v) Conocimiento del entorno

Ahora y como quiera que en la entrevista aplicada a los participantes de la convocatoria BF/17-009 se aplicó los parámetros introducidos mediante la Resolución No. 13353 del 7 de noviembre de 2018, la que consideramos no tenía validez para el proceso que estaba en marcha, habida consideración que la Resolución fue expedida con posterioridad a la apertura de la convocatoria y en ese sentido modificaba las condiciones y términos establecidos desde el inicio.

Entonces, al haberse aplicado los parámetros introducidos mediante la Resolución No. 13353 del 7 de noviembre de 2018, los aspirantes fueron evaluados en la entrevista con fundamento en las competencias comportamentales introducidas mediante el Decreto 815 de 2018.

Ahora, en lo que hace referencia a la entrevista en los procesos públicos para el ingreso a la función pública, consideramos oportuno reiterar que en el aviso de la convocatoria BF/17-009 no se fijaron los criterios y reglas para su aplicación.

La entrevista, como ha tenido ocasión de señalarlo la Corte, constituye un instrumento que en ciertos casos resulta útil para que la entidad a cuyo cargo se encuentra el proceso de selección de personal, *"conozca, mediante contacto directo, a los aspirantes, y aprecie, dentro de un razonable margen de ponderación, las características personales, profesionales, de preparación y de aptitud de cada uno de ellos"*. Empero, según lo ha explicado, *"de tal concepto no puede derivarse que la normatividad admita, en cabeza de los entrevistadores, una atribución omnímoda y carente de control, pues su cometido no implica la consideración subjetiva de las calidades de los entrevistados para inclinar la balanza del concurso a favor o en contra, según simpatía o animadversión personal que merezcan a la vista de quien los examina"*¹²

¹² Sentencia C-372 de 1999. Entre otros pronunciamientos, la Corte declaró la exequibilidad condicionada del artículo 21 (parcial) de la ley 443 de 1998, "en el sentido que los entrevistadores no gozan de una competencia arbitraria y puramente subjetiva para calificar a las personas que participan en los concursos" para proveer cargos de carrera administrativa.



Si bien no puede desconocerse que existe cierto margen de discrecionalidad de los entrevistadores, también lo es que esa potestad no puede convertirse en arbitrariedad ni subjetividad porque, recuerda la Corte:¹³

“La entrevista no puede tener un valor tal que distorsione la relevancia de los demás factores de evaluación, pues de lo contrario la transparencia del proceso mismo quedaría en entredicho. Si bien en algunas ocasiones constituye un indicativo útil frente a las necesidades del servicio, también existen otros criterios no menos importantes que son determinantes al momento de la selección.

- Para la realización de la entrevista deben existir criterios técnicos preestablecidos, lo que significa la necesidad de reglas claras y precisas sobre las directrices y tipos de preguntas que eventualmente se podrían formular.

- En concordancia con lo anterior, los parámetros de evaluación deben ser conocidos previamente por todos los aspirantes en igualdad de condiciones, revistiendo así de publicidad y transparencia el proceso de selección.

- Los criterios técnicos a tener en cuenta por los evaluadores necesariamente deben guardar relación de conexidad frente a las necesidades del servicio, así como al perfil del cargo (o cargos) a proveer. No es admisible que, como ocurre en ocasiones, los entrevistadores acudan a estrategias o técnicas que si bien pueden ser útiles en

¹³ Sentencia SU 613/02



ciertos ámbitos, resultan irrelevantes frente a las exigencias de los empleos para los cuales se concursa en otro escenario.

- No son de recibo preguntas orientadas a revelar aspectos íntimos de la persona o, en general, todas aquellas cuestiones que puedan comprometer el ejercicio de los derechos fundamentales, así como tampoco son válidas cuestiones totalmente ajenas e irrelevantes según el perfil del cargo.

- Es necesario que se prevea algún mecanismo de control a las entrevistas al cual puedan acogerse los aspirantes, ya sea de carácter previo (recusación) o posterior (impugnación), siempre y cuando surjan razones fundadas por parte de los participantes para creer que su calificación fue o será arbitraria.

- Los entrevistadores deben señalar por escrito y en forma motivada los resultados de la evaluación." (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Entonces, al no haberse establecido en la convocatoria BF/17-009 los criterios técnicos, lo que significa la necesidad de reglas claras y precisas sobre las directrices y tipos de preguntas que eventualmente se podrían formular, así como tampoco se fijaron los parámetros de evaluación los que debieron ser conocidos previamente por todos los aspirantes en igualdad de condiciones, revistiendo así de publicidad y transparencia el proceso de selección, de suyo es que se transgredieron las normas constitucionales señaladas como violadas.

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 a los Honorables Consejeros de Estado, que en salvaguarda del ordenamiento jurídico se disponga la SUSPENSIÓN PROVISIONAL del acto de nombramiento de la señora **LUZ ELENA GUTIERREZ URIBE** como Directora Regional del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Cecilia de la Fuente Lleras, Regional Huila.

El artículo 231 ibídem, determina la procedencia de la suspensión provisional cuando la misma devenga de la violación de normas superiores confrontada con las pruebas arrojadas a la demanda.

En el presente asunto, resulta suficiente con 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.

Asimismo, basta con observar que la fecha de la convocatoria es del 29 de noviembre de 2017, y la modificación que se incluyó a través de la Resolución 13353 del 7 de noviembre de 2018 para entender que las reglas fueron modificadas sustancialmente.

Por lo anterior, solicitamos la suspensión provisional del acto de nombramiento

IX. PRUEBAS.

Solicitamos que se decreten y tengan como tales las siguientes;

Documentales:

1. Copia de la Resolución 7791 del 5 de septiembre de 2019 con la respectiva constancia de publicación.
2. Copia del acta de posesión No. 00185 del 10 de septiembre de 2019.
3. Copia del aviso de la convocatoria BF/17-009
4. Copia de la Resolución No. 13352 del 7 de noviembre de 2018

X. COMPETENCIA.

El Honorable Consejo de Estado es competente para conocer en única instancia del presente medio de control, según lo dispuesto en el artículo 149 Numeral. 3° de la ley 1437 de 2011, dada la naturaleza de entidad que profirió el acto de nombramiento.

XI. PROCEDIMIENTO

Es el proceso especial previsto en los arts. 275 y s.s. del Título VIII del Capítulo segundo de ley 1437 de 2011.

XII. ANEXOS.

Con la presente demanda se anexan las pruebas documentales señaladas en el acápite respectivo, copia de la demanda para el traslado a los demandados, para el Agente del Ministerio Público y para el archivo en formato CD.

XIII. NOTIFICACIONES

30

Demandante.

En la carrera 13 No. 119-95 oficina 302 correo electrónico ernestoespিনosa2016@gmail.com

Demandados.

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR CECILIA DE LA FUENTE DE LLERAS, representada legalmente por la Directora General, doctora **Juliana Pungiluppi** o quien en el futuro haga sus veces. Quien podrá ser notificada en Av. Carrera 68 # 64C - 75 Bogotá, Colombia correo electrónico notificaciones.judiciales@icbf.gov.co.

Tercero Interesado.

LUZ ELENA GUTIÉRREZ URIBE, quien podrá ser notificada en el domicilio laboral ubicado en la Cl. 21 #1e-40, Neiva, Huila

Atentamente:



ERNESTO JESÚS ESPINOSA JIMENEZ,

CC No. 3395989 de Ibagué.