



JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

Sincelejo, veinticinco (25) de mayo de dos mil dieciséis (2016)

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación N° 70- 001-33-33-003-2015-00160-00
Demandante: Adriano Rafael Macareno Contreras
Demandado: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar I.C.B.F.

1. SOLICITUD.

Procede el despacho, previo traslado a la parte demandada, a resolver solicitud de medida cautelar presentada por la apoderada de la parte demandante referente a la suspensión provisional de la resolución N° 0094 de fecha 15 de enero de 2015 proferida por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF, en lo que respecta al acto de nombramiento del señor WILLIAM RAFAEL ROMERO MARTINEZ, en el cargo de Profesional Universitario, Código 2044, Grado 07.

2. ANTECEDENTES.

Dentro de la presente actuación, se tiene que con fecha 09 de julio de 2015, el demandante a través de apoderada judicial, presentó medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF, peticionando se declare la nulidad parcial de la resolución N° 0094 del 14 de enero de 2015, proferida por la Secretaría General de ICBF, en lo que respecta al acto de nombramiento del señor WILLIAM RAFAEL ROMERO MARTINEZ, en el cargo de Profesional Universitario Código 2044, Grado 07 (grupo financiero), creado a través del decreto 2717 del 26 de diciembre de 2014, como empleo de carácter temporal perteneciente a la planta de personal del Instituto demandado – Regional Sucre, a su vez solicitó medida cautelar de suspensión provisional del acto demandado.

Como fundamento de su solicitud, argumenta que el acto administrativo cuya suspensión provisional se peticiona viola el numeral 3° del artículo 21 de la ley 909 de 2004, la sentencia C-288 del 20 de mayo de 2014, el artículo 45 de la ley 270 de 1996 en lo referente a las reglas sobre los efectos de las sentencias proferidas en desarrollo del control judicial de

constitucionalidad y la circular N° 005 de 2014 proferida por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Indica que el artículo 21 de la ley 909 de 2004, fue aplicado de forma parcial por el ICBF, desconociendo lo prescrito por la Honorable Corte Constitucional en la sentencia C-288 de 2014, en atención a que se inaplicaron los parámetros que deben seguirse durante los procedimientos de provisión de los empleos de carácter temporal.

Expresa que los fundamentos o motivos que dieron lugar al nombramiento del señor WILLIAM RAFAEL ROMERO MARTINEZ, no obedecen a la realidad, ya que es falso que se haya atendido lo dispuesto en el artículo 21 de la ley 909 de 2004 y sus decretos reglamentarios, en lo que respecta al proceso de provisión del cargo de profesional universitario, código 2044 grado 07, que actualmente es ocupado por el señor ROMERO MARTINEZ, y tampoco es cierto que se aplicó prueba de competencias laborales, pues el nombramiento se dio por motivos subjetivos imputables al nominador.

La designación del señor WILLIAM ROMERO MATINEZ, no fue producto de una selección objetiva, dentro de una convocatoria pública, sino que fue producto de una designación por criterio subjetivos de la directora de la seccional sucre del ICBF.

Manifiesta que es totalmente contrario a derecho que el ICBF, motive la decisión de nombramiento del señor WILLIAM RAFAEL ROMERO MARTINEZ, por el hecho de haber practicado una prueba de competencias laborales y por encontrar que este se ajustaba al perfil requerido, por lo que resulta notorio que la provisión de este cargo temporal se dio con una notable desviación de poder por parte del nominador, quien decide a su arbitrio realizar el nombramiento de esta persona, sin agotar el proceso de publicación de la convocatoria en la página web de la entidad, sin el estudio de distintas hojas de vida y con violación de los principios de la función pública, igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, y publicidad.

De la medida cautelar requerida, se dio traslado a la parte demandada, mediante auto de fecha 25 de agosto de 2015.

La entidad demandada, a través de apoderada judicial debidamente constituida, emitió pronunciamiento con respecto a la solicitud de medida cautelar de suspensión provisional del acto demandado, argumentando que el señor RAFAEL MACARENO CONTRERAS, no ostentó en ningún momento de su vinculación laboral con el ICBF, derechos de carrera administrativa, que le permitan gozar de una estabilidad laboral.

Agrega que la vinculación del demandado como supernumerario, se prorrogó hasta el 31 de diciembre de 2014, mediante resolución N° 3721 del 27 de junio de 2014, en razón a la necesidad transitoria que se presentaba para el apoyo en los procesos de recaudo, es decir que su vinculación solo iría hasta el día 31 de diciembre de 2014.

Señala, que el actor reclama un derecho que no le asiste, pues pretende que se le reconozcan unos derechos por haber sido nombrado en provisionalidad y luego haber sido vinculado como supernumerario en el ICBF, pues según su dicho, ello le daba una prerrogativa de que se le nombrara en la planta temporal creada mediante decreto 2717 de 2014, cuando esto no resulta viable, pues los nombramientos en la planta temporal del ICBF, se efectuaron conforme a los parámetros dados en el decreto 2717 de 2014, para lo cual el nominador solo debía verificar que las personas cumplieran con el perfil requerido para el cargo, para proceder con su nombramiento, sin que se requiriera convocatoria alguna para su provisión.

3. CONSIDERACIONES

Nos enseña el artículo 229 sobre la procedencia de medidas cautelares en los procesos declarativos de jurisdicción administrativa que podrán solicitarse antes de la notificación del auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada; solicitud a la cual, si es del caso, accederá el juez o magistrado por medio de providencia motivada a fin de proteger provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, y sin que tal decisión signifique un prejuzgamiento.

El artículo 230 de la Ley 1437 de 2011 advierte que las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión; bajo el supuesto de que guarden relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Sobre la clasificación y fines de cada una de las medidas a adoptar en el proceso, se afirma:

***-Medidas preventivas.** Las medidas cautelares preventivas buscan evitar que se produzca o aumente el daño causado por la Administración. Cuando éste es consecuencia de un acto administrativo, la suspensión de los efectos es la medida preventiva por antonomasia. (...)*

***-Medidas conservativas.** Las medidas conservativas buscan mantener el statu quo previo a la decisión administrativa o a la acción u omisión de la Administración, para evitar que se vuelva irreversible la situación, o que no sea posible volver las cosas al estado anterior y por tanto lo único viable sea la indemnización de perjuicios.*

***-Medidas anticipativas.** Quizás esta es la mayor novedad, pues este tipo de medidas cautelares le permiten al juez anticipar el derecho pedido como pretensión principal, en forma cautelar antes de la sentencia de fondo. Es claro*

que esa anticipación no puede de ser de tal naturaleza que la situación en la que quede el demandante se convierta en irreversible en caso de perder el proceso.

-Medidas de suspensión. Se trata de la suspensión de los actos administrativos, que como se expuso es fundamentalmente preventiva. Sin embargo, el numeral 2 [Art. 230 L. 1437 de 2011] permite suspender todo tipo de procedimiento o actuación administrativa, debiendo el juez, además, ordenar corregir los defectos de que adolezca la actuación para que pueda continuar.”¹ (Negrillas por fuera del texto)

Entre las posibles medidas que el juez o magistrado puede decretar, sea una o varias, el artículo 230 de la Ley 1437 de 2011, enuncia:

“1. Ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible.

2. Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. A esta medida solo acudirá el Juez o Magistrado Ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello fuere posible el Juez o Magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida.

3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.

4. Ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos.

5. Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer”.

El artículo 231 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo establece los requisitos para decretar las medidas cautelares, y respecto a la medida de suspensión provisional de los efectos de actos administrativos, la normativa prevé que procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda si aquélla puede inferirse del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores alegadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.

¹ Arboleda Perdomo, José E. “Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”, 2ª Edición 2012, Ed. Legis. Colombia. Pág. 357.

El doctrinante Juan Ángel Palacio Hincapié² define la suspensión provisional como el mecanismo a través del cual se solicita al juez administrativo la suspensión de la aplicación de un acto administrativo hasta tanto resuelva de fondo la controversia que se le plantea sobre su legalidad. Rescata el hecho de que la medida tiene consagración constitucional en el artículo 238 Superior, facultando para adoptarla a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, y sobre su regulación en la Ley 1437 de 2011, refiere:

“La suspensión provisional es una medida cautelar que en el CPACA fue innovada en su redacción para facultar su procedencia. En el C.C.A anterior la suspensión provisional requería de un trámite previo, sumario y formalista. Se caracterizaba porque el juez para decretarla no podía acudir a silogismos y análisis profundos para llegar a la conclusión de que un acto infringe una norma superior. En la nueva redacción, por el contrario (sic), el juez puede y debe hacer los estudios necesarios, si es el caso, para llegar a la conclusión de suspender. (...) Eso significa que el juez debe hacer la valoración probatoria que le permita llegar a la deducción de la contradicción de las normas, salvo que tal contradicción de las normas se aprecie directamente de la confrontación del texto del acto con la norma superior invocada.”

4. CASO CONCRETO

La apoderada de la parte demandante, mediante escrito separado a la demanda del medio de control Nulidad y Restablecimiento del Derecho promovida contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF, solicita se decrete como medida cautelar la suspensión provisional del acto demandado, por violación del numeral 3º del artículo 21 de la ley 909 de 2004, la sentencia C-288 del 20 de mayo de 2014, el artículo 45 de la ley 270 de 1996 en lo referente a las reglas sobre los efectos de las sentencias proferidas en desarrollo del control judicial de constitucionalidad y la circular N° 005 de 2014 proferida por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Hecha la anterior delimitación, corresponde al suscrito determinar si el acto administrativo enjuiciado desconoce los preceptos normativos informados por la parte demandante.

Es importante precisar que el artículo 231 del CPACA, al momento de decidir sobre el decreto de una medida cautelar, faculta al Juez, para que de entrada pueda realizar un análisis a las normas invocadas como transgredidas y que también pueda estudiar las pruebas allegadas a la solicitud.

² HINCAPIÉ PALACIO, Juan Ángel. *“Derecho Procesal Administrativo”*, Octava Edición 2013, Ed. Librería Jurídica Sánchez. Pág. 856.

Es claro que al momento del estudio de la procedencia o no de la medida cautelar, al tenor del inciso 2º del artículo 229, el juez, debe ser prudente, a fin de que no se tome partido en el juzgamiento del acto, y se viole el debido proceso y derecho de defensa de la entidad que produjo la decisión administrativa, quien tiene el derecho a que se valoren sus argumentos y los medios de pruebas en la sentencia.

Alega el actor como fundamento de su medida cautelar, que la resolución administrativa que se ataca, viola la ley 909 de 2004, la sentencia de constitucionalidad C-288 de 2014 y la circular 005 de 2014 proferida por la Comisión Nacional del servicio Civil, en atención a la sentencia de constitucionalidad referenciada.

Efectuado el análisis de confrontación del acto demandado con las precitadas disposiciones y estudiadas las pruebas allegadas, no se advierte que surja conclusión, en el sentido de que existe disconformidad del acto con tal normatividad.

De las pruebas arrojadas hasta esta etapa procesal, se tiene por sentado que efectivamente, a través del decreto 2717 de 2014 el gobierno nacional, aprobó la creación de una planta de personal de carácter temporal en el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF.

La Directora General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a través de oficio N° S-2014-321528-0101 de fecha 29 de diciembre de 2014, solicitó a la Comisión Nacional de Servicio Civil, pronunciamiento acerca de la provisión de 2000 vacantes de empleos de carácter temporal, creados mediante el decreto 2717 de 2014.

La Comisión Nacional de Servicio Civil, con fecha 05 de enero de 2015, a través de oficio N° E2015-015886-0101, responde la relacionada petición, indicando que realizado el estudio técnico de listas de elegibles vigentes en el banco nacional de listas de elegibles que correspondieran a la misma denominación, código y grado de los empleos de la planta temporal y que comportaran similitud funcional con los mismos, se concluyó que para los empleos señalados anteriormente, que hace parte de la planta temporal, no se encontraron listas de elegibles que puedan ser utilizadas para su provisión.

Agregó, que por lo anterior y al comprobar por esa Comisión Nacional que no existen listas de elegibles con las cuales se puedan proveer los empleos temporales de la entidad consultante, se deberá desarrollar el procedimiento de evaluación de capacidades y competencias a que hacen referencias la ley 909 de 2004 y el decreto reglamentario 1227 de 2005, a fin de proveer los mismos. No obstante lo anterior, a su vez indicó que mediante circular N° 005 de 2014 se establecieron parámetros bajo los cuales se deben proveer los empleos de carácter temporal que contemplen las entidades públicas, determinando el

orden prioritario de provisión de estos, atendiendo lo establecido en la sentencia C-288 de 2014.

La entidad demandada, mediante respuesta a derecho de petición presentado por el actor, refiriéndose al procedimiento empleado para la provisión del empleo de profesional universitario código 2044 grado 07, expresó que el mismo se desarrolló de la siguiente forma.

Teniendo en cuenta que no se disponía de una lista de elegibles vigente para dar cumplimiento a lo señalado en el artículo 21 de la ley 909 de 2004, se procedió a realizar un proceso de evaluación del perfil de los ex contratistas y ex supernumerarios del ICBF, proceso que difiere de una convocatoria para concurso de mérito. Sobre este tema, el artículo 3 del decreto 1227 de 2005 es claro que: cuando, excepcionalmente, no existan listas de legibles vigentes que permitan la provisión del empleo temporal, la entidad realizará un proceso de evaluación del perfil requerido para su desempeño a los aspirantes a ocupar dichos cargos, de acuerdo con el procedimiento que establezca cada entidad.

Agreden, que así las cosas, se procedió con el envío de las hojas de vida de la personas que cumplan con el perfil de acuerdo a las necesidades del ICBF, entre los cuales se relacionó al señor WILLIAM RAFAEL ROMERO MARTINEZ, siendo validada la misma por la Dirección de Gestión Humana e incluido su nombre en el artículo primero de la resolución 0094 del 14 de enero de 2015, para ser nombrado en la planta temporal de la regional Sucre con cargo de Profesional Universitario 2044 – 07.

Así las cosas, y en esta incipiente etapa procesal, no se puede dar por cierto de entrada, que el acto demandado viole las normas relacionadas por la parte demandante como sustento de su petición.

El hecho de no haberse realizado, una convocatoria pública y según el decir de la demandante no haber sido tenido en cuenta al actor como candidato para llenar una vacante temporal, por los directivos del ICBF, en el procedimiento de provisión de los empleos temporales creados a través del decreto 2717 del 26 de diciembre de 2014, no son hechos suficientes, se resalta en esta etapa procesal, para determinar que el acto administrativo demandado, se haya producido por violación de las normas legales enunciadas, máxime si de las pruebas que reposan en el expediente, se percata el despacho, que sí existió un procedimiento de selección, que debe ser estudiado de fondo y con un el sumo de pruebas que le permitan a este fallador, determinar si los vicios de que adolezca la decisión demandada, en caso de presentarse, son de tal magnitud que originen la nulidad de tal resolución administrativa.

Por lo anterior, se concluye, que en lo referente a la violación de normas superiores en que debió fundarse el acto demandado, es preciso aclarar que en este momento procesal no puede establecerse tal situación hasta el punto de ameritar el decreto de una medida cautelar de suspensión parcial del acto demandado, pues para llegar a tal deducción, es necesario que el proceso avance en sus etapas, se fortalezca en materia probatoria y se esclarezca con los alegatos finales.

En mérito de lo expuesto, se **DECIDE**:

PRIMERO: NO DECRETAR la medida cautelar de suspensión provisional de la resolución N° 0094 de fecha 15 de enero de 2015 proferida por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF, en lo que respecta al acto de nombramiento del señor WILLIAM RAFAEL ROMERO MARTINEZ, en el cargo de Profesional Universitario, Código 2044, Grado 07, en consideración a lo anteriormente expuesto.

SEGUNDO: En firme esta providencia, continúese con el trámite correspondiente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDUARDO NAME GARAY TULENA
JUEZ