

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No. 2

Tunja, 10 de diciembre de 2020

Acción : **Cumplimiento**
Demandante: **Claudia Patricia Pérez Rolón**
Demandado: **SENA regional Boyacá – Subdirección del Centro de Gestión
Administrativo y Fortalecimiento Empresarial**
Expediente : **15001-23-33-000-2020-02096-00**

Magistrado ponente: **Luis Ernesto Arciniegas Triana**

Decide la Sala la acción de cumplimiento interpuesta por la señora Claudia Patricia Pérez Rolón, a través de abogado, contra el Servicio Nacional de Aprendizaje “SENA” Regional Boyacá – Subdirectora del Centro de Gestión Administrativo y Fortalecimiento Empresarial, con el fin de que se dé cumplimiento al Auto 005 del 17 de mayo de 2019 emitido por esa entidad.

I- ANTECEDENTES

Se presenta acción de cumplimiento en procura de que se ordene a la autoridad demandada el cumplimiento del deber previsto en el Auto 005 del 17 de mayo de 2019 proferido por esa entidad, el cual establece lo siguiente:

“ARTÍCULO PRIMERO. Declarar vulnerado el derecho preferente de la funcionaria CLAUDIA PATRICIA PÉREZ ROLÓN, identificada con cédula de ciudadanía No. 43.364.98, por las razones expuestas en la parte motiva del presente acto administrativo.

ARTÍCULO SEGUNDO. Comunicar el presente Auto a la Regional Boyacá y al Subdirector del Centro de Gestión Administrativo y Fortalecimiento Empresarial de la citada regional, a fin de que tome las acciones que correspondan en el marco de su competencia.

ARTÍCULO CUARTO. El presente Auto rige a partir de la fecha de su comunicación y contra el mismo procede recurso de reposición, el cual deberá ser interpuesto en los términos establecidos en el artículo 76 de la Ley 1437 de 2011.”
(Subrayado fuera de texto)

II- HECHOS

Cuenta que mediante comunicaciones radicadas con los números 1-2019-002417 y 7-2019-014714, impetró reclamación ante la Comisión Nacional de Personal del SENA por la vulneración del *“derecho preferente a encargo en el empleo declarado desierto por la Comisión Nacional del Servicio Civil –CNSC, identificado como Instructor Grado 18 OPEC 60318 ubicado en el Centro de Gestión Administrativo y Fortalecimiento Empresarial – SENA regional Boyacá”*.

Informa que el 17 de mayo de 2019, la Comisión de Personal del SENA mediante el Auto 005 de 2019, resolvió la reclamación administrativa expuesta, declarando *“vulnerado el derecho preferente de la funcionaria ...”*.

Expresa que el Subdirector del Centro de Gestión Administrativo y Fortalecimiento Empresarial del SENA, regional Boyacá, interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación, correspondiéndole a la Comisión de Personal tramitar el primero y a la Comisión Nacional del Servicio Civil “CNSC” resolver el segundo.

Manifiesta que el 26 de julio de 2019 mediante la Resolución No. 010 de 2019, se resolvió el recurso de reposición, disponiendo en su artículo primero *“confirmar en cada uno de sus apartes el Auto No. 005 de 2019”*. No obstante, la CNSC el 24 de febrero de 2020, le informa al Secretario Técnico de la Comisión Nacional de Personal del SENA que no es procedente entrar a resolver el recurso de apelación, quedando en firme el Auto 005 de 2019.

Por último, indica que el 21 de julio de 2020 mediante el número interno SENA – INS 2020-01-157147 y número de radicado 7-2020-110754, solicitó a la Subdirectora del Centro de Gestión Administrativa y Fortalecimiento Empresarial – SENA regional Boyacá, dar cumplimiento al Auto 005 de 2019. Sin embargo, la demandada nunca se pronunció sobre el requerimiento que se

realizó, constituyéndose en renuencia según lo previsto en el artículo 8 de la Ley 393 de 1997.

Expresa que el auto número 005 de 2019 impone en cabeza de la autoridad demandada un verdadero deber de tomar las acciones que correspondan en el marco de su competencia, con el fin de respetar el derecho preferente al encargo a favor de la accionante.

Que no de otra forma se puede entender lo dispuesto en el **auto 005 de 2019**, cuando la autoridad que lo expide expresamente manifiesta:

“La Comisión Nacional de Personal, **encuentra vulnerado el derecho preferente de la reclamante**, por lo que el Centro de Gestión Administrativa y Fortalecimiento Empresarial de la Regional Boyacá, deberá tomar las medidas necesarias que correspondan en relación a la provisión de la vacante desierta ofertada por la OPEC 60318, según lo establece la Resolución n° CNSC-2018212097146 de 28 de diciembre 2018, y **cese la actuación expuesta...**”.

Advierte que el mandato que se pide imponer al SENA, es de su entera competencia, tal como lo dispone la Resolución 2529 de 2004, por la cual se efectúan delegaciones en materia de gestión del talento humano, en el numeral segundo del artículo 3, cuando literalmente expresa:

“ARTÍCULO TERCERO. Delegar en los Directores Regionales del SENA y Subdirectores del Centro que hagan sus veces, las siguientes funciones:

...

2. Efectuar encargos y nombramientos provisionales para proveer empleos de carrera en la planta de personal del despacho de la dirección regional, aceptar su renuncia, darlos por terminado o modificar, aclarar, revocar o derogar estas designaciones, cuando se presente una cualquiera de las causales previstas en la normatividad vigente”.

III- TRÁMITE DE LA ACCIÓN

1. La demanda fue admitida por esta Corporación mediante auto de 29 de octubre de 2020 y notificada en forma personal a la Subdirectora del Centro de

Gestión Administrativo y Fortalecimiento Empresarial del SENA regional Boyacá¹. Dentro del término concedido la autoridad accionada se pronunció².

2. Contestación de la demanda

XC17

El **Servicio Nacional de Aprendizaje “SENA”**, a través de abogada, contesta la demanda de la referencia³, solicitando que se desestimen las súplicas declarativas y de condena del libelo, en la medida en que no le asiste el derecho a la accionante.

Señala que al consultar el aplicativo ON BASE se pudo establecer que bajo radicados 1-2019-002417 y 7-2019-014714 del 2019, la funcionaria Claudia Patricia Pérez Rolón, vinculada a la planta del SENA Regional Boyacá, en el cargo denominado Secretaria Grado 04, y encargada hasta el 18 de marzo de 2019, en el cargo de Instructor Grado 18, en virtud de la provisión definitiva por concurso, presentó reclamación por presunta vulneración derecho preferente a encargo.

Que en la reclamación manifestaba "*Que mediante Resolución No. CNSC — 20182120197146 del 28 de diciembre de 2018, de la Comisión Nacional del Servicio Civil, conformó la Lista de Elegibles para proveer definitivamente dos (2) vacantes el empleo de carrera identificado con la OPEC 60318 para el Centro de Gestión Administrativa y Fortalecimiento Empresarial de la Regional Boyacá, de las cuales una (1) vacante quedó desierta, esto debido a que en la lista de elegibles solo quedó conformada por una sola persona*".

Por lo anterior, dice que el Subdirector del Centro de Gestión Administrativa y Fortalecimiento Empresarial del SENA Regional Boyacá, con radicado n° 15 - 2- 2019-008951 del 8 de julio del 2019, interpone recurso de reposición y en subsidio de apelación.

¹ Fl. 1 Expediente digital "012AutoAdmiteDemanda.pdf" y Fl. 1 Expediente digital "015Notificación Demanda.pdf"

² Expediente digital "017Remisión Contestación demanda.pdf"

³ Expediente digital "019Contestación Demanda SENA.pdf"

Expresa que el recurso de apelación fue dirigido al Secretario Técnico de la Comisión Nacional de Personal del SENA, sin embargo, éste manifestó que toda la información relacionada con el caso estaba en conocimiento de la funcionaria **Ligia Esther Duran**, enviando lo solicitado mediante correo electrónico.

Señala que el hecho 7º del libelo no es cierto, por cuanto la firmeza de la decisión frente a la reclamación interpuesta por la accionante quedó ejecutoriada con la Resolución 10 del 26 de julio de 2019, de acuerdo con el artículo 74 del CPACA.

Aduce que el radicado 7-2020-110754 mediante el cual se impetró la solicitud de cumplimiento del acto administrativo 005 de 2019, no pertenece a la regional de Boyacá, sino a la Dirección General del SENA, siendo asignado a la funcionaria Ligia Esther Duran, por lo tanto, se le requirió para que allegue el documento correspondiente a dicha radicación.

Que el SENA regional Boyacá no ha sido renuente, toda vez que la que resolvió la reclamación administrativa de la demandante fue la Comisión Nacional de Personal del SENA, mediante el acta n° 5 del 11 de abril del 2019.

Informa que por la contingencia sanitaria del COVID-19, no se ha podido dar cumplimiento a varias disposiciones internas que para el caso en concreto se encuentran en trámite.

IV- CONSIDERACIONES

1. Competencia

Este tribunal es competente en primera instancia para conocer del medio de control de la referencia según lo dispuesto en el numeral 16 del artículo 152 del CPACA.

2. Problema Jurídico

En el caso sub examine corresponde a la Sala establecer si la Subdirectora del Centro de Gestión Administrativo y Fortalecimiento Empresarial – SENA regional Boyacá, ha sido renuente en cumplir el Auto 005 del 17 de mayo de 2019 expedido por la Comisión Nacional de Personal del SENA, mediante el cual se declaró vulnerado el derecho preferente al encargo de la accionante, y se ordenó comunicarlo a la autoridad demandada, *“a fin de que tomara las acciones que corresponda en el marco de sus competencias”* en relación con la provisión de la vacante desierta ofertada por la OPEC 60318, según lo establece la Resolución No. CNSC – 2018212097146 del 28 de diciembre de 2018, y cese la situación expuesta en el mencionado auto.

Por consiguiente, la Sala analizará previamente si en el presente caso se atienden los requisitos mínimos exigidos para que la acción de cumplimiento prospere.

3. El objeto de la acción de cumplimiento y los requisitos mínimos para que prospere

Conforme a lo dispuesto en el artículo 87 de la Constitución Política la acción de cumplimiento es una acción de origen constitucional, mediante la cual se pretende hacer efectivo el cumplimiento de normas con fuerza de ley o de un acto administrativo.

Su invocación busca fundamentalmente obtener de la autoridad judicial una orden para que quien ejerce funciones públicas y se hubiere situado en posición de autoridad renuente, cumpla con sus obligaciones y deberes respecto de la ejecución de una ley o un acto administrativo.

El artículo 8° de la Ley 393 de 1997 “*Por la cual se desarrolla el artículo 87 de la Constitución Política*”, en relación con la procedibilidad de la acción de cumplimiento, consagra lo siguiente:

“La acción de cumplimiento procederá contra toda acción u omisión de la autoridad que incumpla o ejecute actos o hechos que permitan deducir inminente incumplimiento de normas con fuerza de Ley o Actos Administrativos. También procederá contra acciones u omisiones de los particulares, de conformidad con lo establecido en la presente Ley.

Con el propósito de constituir la renuencia, la procedencia de la acción requerirá que el accionante previamente haya reclamado el cumplimiento del deber legal o administrativo y la autoridad se haya ratificado en su incumplimiento o no contestado dentro de los diez (10) días siguientes a la presentación de la solicitud. Excepcionalmente se podrá prescindir de este requisito, cuando el cumplirlo a cabalidad genere el inminente peligro de sufrir un perjuicio irremediable, caso en el cual deberá ser sustentado en la demanda.

También procederá para el cumplimiento de normas con fuerza de Ley y Actos Administrativos, lo cual no excluirá el ejercicio de la acción popular para la reparación del derecho” (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Por su parte el numeral 3 del artículo 161 del CPACA dispone que cuando se pretenda el cumplimiento de una norma con fuerza material de ley o de un acto administrativo, “*se requiere la constitución en renuencia de la demandada en los términos del artículo 8° de la Ley 393 de 1997*”.

Así pues, los requisitos mínimos exigidos para que la acción de cumplimiento prospere son:

“... que el deber jurídico cuya observancia se exige esté consignado en normas con fuerza de ley o en actos administrativos, de una manera inobjetable y, por ende, exigible frente a la autoridad de la cual se reclama su efectivo cumplimiento; que la Administración haya sido y continúe siendo renuente a cumplir; que tal renuencia sea aprobada por el demandante de la manera como lo exige la ley, y que, tratándose de **actos administrativos de carácter particular, el afectado no tenga ni haya tenido otro instrumento judicial para lograr su cumplimiento**, salvo el caso en que, de no proceder el juez, se produzca un perjuicio irremediable para quien ejerció la acción”⁴ (Subrayado fuera de texto).

⁴ Consejo de Estado, sección quinta, CP.: Susana Buitrago Valencia, Sentencia de 12 de junio de 2014, Radicación número: 27001-23-33-000-2014-00002-01(ACU)

También el Consejo de Estado adujo en otra providencia que para que la acción de cumplimiento sea procedente es necesario:

“a. Que el deber jurídico que se pide hacer cumplir se encuentre consignado en normas aplicables con fuerza material de ley o actos administrativos. b. Que el mandato sea imperativo, inobjetable y que esté radicado en cabeza de autoridad pública o de un particular en ejercicio de funciones públicas, frente a las cuales se reclama su cumplimiento (art. 5o. y 6o.). c. **Que se pruebe la renuencia al cumplimiento del deber, ocurrida ya sea por acción u omisión del exigido a cumplir o por la ejecución de actos o hechos que permitan deducir su inminente incumplimiento (art. 8o.)** d. No procederá la acción cuando exista otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento del deber jurídico, salvo el caso que de no proceder se produzca un perjuicio grave e inminente para quien ejercite la acción”⁵ (subrayado fuera de texto)

En consecuencia, para la procedencia de la acción de cumplimiento es menester que el demandante cumpla con la carga de indicar con claridad y precisión **el deber jurídico cuyo cumplimiento reclama**, señalando de manera taxativa la norma que fija el contenido obligacional.

Sobre el particular el Consejo de Estado consideró lo siguiente:

“De conformidad con el art. 87 de la Carta Política, la acción de cumplimiento constituye un importante mecanismo constitucional de protección y aplicación de los derechos, la cual se caracteriza por permitir que judicialmente se exija a las autoridades públicas, la realización o el cumplimiento de un deber omitido que se encuentra claramente previsto en la ley o un acto administrativo. Esta acción ha sido desarrollada por la ley 393 de 1997, de la cual se deducen los requisitos mínimos exigidos para que la acción de cumplimiento prospere: a. Que el deber jurídico que se pide hacer cumplir se encuentre consignado en normas aplicables con fuerza material de ley o actos administrativos. b. Que el mandato sea imperativo, inobjetable y que esté radicado en cabeza de autoridad pública o de un particular en ejercicio de funciones públicas, frente a las cuales se reclama su cumplimiento (art. 5o. y 6o.). c. **Que se pruebe la renuencia al cumplimiento del deber, ocurrida ya sea por acción u omisión del exigido a cumplir o por la ejecución de actos o hechos que permitan deducir su inminente incumplimiento (art. 8o.)** d. No procederá la acción cuando exista otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento del deber jurídico, salvo el caso que de no proceder se produzca un perjuicio grave e inminente para quien ejercite la acción”⁶ (subrayado fuera de texto)

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 22 de octubre de 1998, Exp.: ACU479, CP.: Juan de Dios Montes Hernández.

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 22 de octubre de 1998, Exp.: ACU479, CP.: Juan de Dios Montes Hernández.

Así pues, antes de la presentación del escrito contentivo de la solicitud de acción de cumplimiento, se debe agotar una instancia previa de carácter administrativo ante la autoridad que se supone renuente. Sobre el particular el máximo tribunal de lo contencioso administrativo en sentencia de 31 de agosto de 2000 estimó:

“La ley determina que es procedente la acción de cumplimiento contra toda acción u omisión de la Autoridad que incumpla o ejecute actos o hechos que permitan deducir inminente incumplimiento de normas con fuerza de ley o actos administrativos. Es necesario, como requisito de la demanda, que se le acompañe la prueba de la renuencia de la autoridad incumplida (salvo cuando se alegue un perjuicio irremediable). La prueba de la renuencia es un requisito formal que el interesado debe acreditar al momento de la presentación de la demanda; permite, de entrada, establecer el cumplimiento de uno de los requisitos de procedibilidad, la renuencia de la Autoridad al requerimiento del demandante (arts. 8 y 10 ley 393/97). Esa renuencia puede ser o expresa o **tácita**; por la primera se entiende cuando la Administración se ratifica explícitamente en no cumplir la norma; **por la renuencia tácita se entiende, por presunción legal, cuando han pasado más de diez días del requerimiento hecho por el administrado, y la autoridad no responde**. Sobre ese punto esta Corporación se ha pronunciado en varias oportunidades, al respecto ha dicho: “En efecto, conforme al fundamento legal inicialmente transcrito (art. 9º ley 393 de 1997), tres son, en sentir de la Sala, los requisitos mínimos exigidos para que salga avante una acción de cumplimiento: a) Que la obligación que se pida hacer cumplir esté consignada en ley o en acto administrativo, lo cual excluye de su fundamento las normas de la Constitución Política, que por lo general consagran principios y directrices; b) Que el mandato sea imperativo, inobjetable, y que esté radicado en cabeza de aquella autoridad frente a la cual se aboga por el cumplimiento; y, c) Que se pruebe la renuencia del exigido a cumplir, o se pruebe que el cumplimiento se ha pedido directamente a la autoridad de que se trate” (Subrayado fuera de texto).

En consecuencia, la Sala infiere que la constitución en renuencia se configura con el cumplimiento de uno de los siguientes requisitos, a saber:

- 1.) La ratificación del incumplimiento por parte de la autoridad requerida y,
- 2.) Si durante **los 10 días siguientes a la presentación de la solicitud, se ha guardado silencio con relación a la aplicación de la norma**”.⁷

4. El derecho de preferencia al encargo

La provisión de empleos en la función pública se puede dar a través de varias clases de nombramientos, entre los que se encuentran, el ordinario, el

⁷ Consejo de Estado. Sección Quinta. Consejero Ponente. Doctor Darío Quiñones Pinilla. ACU-1583 Sentencia de 24 de Octubre de 2002.

provisional, en período de prueba y el encargo. A continuación, la Sala pasará a analizar la última de las modalidades referidas.

Al respecto, se observa que el artículo 18 del Decreto 2400 de 1968⁵⁴ "*Por la cual se modifican las normas que regulan la administración de personal civil y se dictan otras disposiciones*", establece:

"**ARTICULO 18:** Los empleados vinculados regularmente a la administración pueden encontrarse en las siguientes situaciones administrativas: en uso de licencia o permiso; en comisión; ejerciendo las funciones de un empleo por encargo; prestando servicio militar obligatorio, o en servicio activo."

A partir de lo anterior, los artículos 34 y 37 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973⁵⁵, "*Por el cual se reglamentan los decretos - leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración de personal civil*", señalan:

"**ARTICULO 34.** Hay encargo cuando se designa temporalmente a un empleado para asumir total, o parcialmente, las funciones de otro empleo vacante por falta temporal o definitiva de su titular, desvinculándose o no de las propias de su cargo.

(...)

ARTICULO 37. El empleado encargado tendrá derecho al sueldo de ingreso señalado para el empleo que desempeña temporalmente, siempre que no deba ser percibido por su titular " (Subrayado fuera de texto).

De otra parte, conforme a lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, modificado por el artículo 1° de la Ley 1960 de 2019, el encargo es un derecho preferencial para aquellos servidores de carrera administrativa, siempre que acrediten el cumplimiento de los siguientes requisitos: a) que se encuentren desempeñando el empleo inmediatamente inferior al que se pretende proveer transitoriamente; b) cumplir el perfil de competencias exigidas para ocupar el empleo vacante, incluyendo los requisitos de estudio y experiencia; c) poseer las aptitudes y habilidades para desempeñar el empleo a encargar; d) no tener

sanción disciplinaria en el último año; e) que su última evaluación del desempeño laboral sea sobresaliente.

Así pues, por virtud del artículo 24 de la Ley 909 de 2004, el encargo es un derecho preferencial para los servidores de carrera que reúnan los requisitos previstos en la norma para su ejercicio, lo que le impone a la administración verificar en su planta de personal en qué servidor de carrera recae tal prerrogativa; sin embargo, en caso de no encontrar servidor que reúna las condiciones, la entidad de manera subsidiaria y excepcional podrá realizar nombramientos en provisionalidad con otro empleado.

Entre tanto, el artículo 18 de la Ley 344 de 1996 dispone que *“los servidores públicos que sean encargados, por ausencia temporal del titular, para asumir empleos diferentes de aquellos para los cuales han sido nombrados, no tendrán derecho al pago de la remuneración señalada para el empleo que se desempeña temporalmente. mientras su titular la esté devengando”*.

De lo anterior, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, en sentencia de 29 de mayo de 2020, coligió que la figura del encargo tiene una doble connotación, *“por un lado, es una situación administrativa en la que se puede encontrar un empleado en servicio, para que atienda total o parcialmente las funciones de otro cargo (artículo 18 Decreto 2400 de 1968); y por otro, es una modalidad transitoria de provisión de empleos vacantes transitoria o definitivamente”*⁸.

Adicionalmente, en la citada sentencia se infiere que la figura del encargo se utiliza para designar temporalmente a un empleado para que asuma total o parcialmente las funciones de otro empleo vacante, por falta temporal o definitiva de su titular, por lo que el empleado encargado tendrá derecho al sueldo señalado para el empleo que desempeña temporalmente, siempre que no deba ser percibido por su titular; así mismo, el encargo no interrumpe el tiempo

⁸ Expediente: 11001-03-25-000-2018-00605-00, CP.: Cesar Palomino Cortés, dentro del medio de control de nulidad simple.

para efectos de la antigüedad en el empleo de que es titular, ni afecta la situación del funcionario de carrera.

El artículo 24 de la Ley 909 de 2004, modificado por el artículo 1° de la Ley 1960 de 2019, regula esta figura en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 24. Encargo. Mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados en estos si acreditan los requisitos para su ejercicio, poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, no han sido sancionados disciplinariamente en el último año y su última evaluación del desempeño es sobresaliente.

En el evento en que no haya empleados de carrera con evaluación sobresaliente, el encargo deberá recaer en quienes tengan las más altas calificaciones descendiendo del nivel sobresaliente al satisfactorio, de conformidad con el sistema de evaluación que estén aplicando las entidades. Adicionalmente el empleado a cumplir el encargo deberá reunir las condiciones y requisitos previstos en la ley.

El encargo deberá recaer en un empleado que se encuentre desempeñando el cargo inmediatamente inferior de la planta de personal de la entidad.

Los cargos de libre nombramiento y remoción, en caso de vacancia temporal o definitiva, podrán ser provistos a través del encargo de empleados de carrera o de libre nombramiento y remoción, que cumplan los requisitos y el perfil para su desempeño.

En caso de vacancia definitiva el encargo será hasta por el término de tres (3) meses, prorrogable por tres (3) meses más, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva.

PARÁGRAFO 1°. Lo dispuesto en este artículo se aplicará para los encargos que sean otorgados con posterioridad a la vigencia de esta ley.

PARÁGRAFO 2°. Previo a proveer vacantes definitivas mediante encargo o nombramiento provisional, el nominador o en quien este haya delegado, informará la existencia de la vacante a la Comisión Nacional del Servicio Civil a través del medio que esta indique".

De la lectura y análisis de la disposición transcrita, el Consejo de Estado ha identificado los siguientes aspectos normativos sobre el encargo⁹:

“(i). Es una herramienta a la que puede acudir la administración mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa;

(ii). Es un derecho que tiene los empleados de carrera, cuya procedibilidad está sujeta a que el destinatario: a) acredite los requisitos para su ejercicio; b) posea las aptitudes y habilidades para su desempeño; c) no haya sido sancionado

⁹ Expediente: 11001-03-25-000-2018-00605-00, CP.: Cesar Palomino Cortés, dentro del medio de control de nulidad simple.

disciplinariamente en el último año y; d) su última evaluación del desempeño sea sobresaliente.

(iii). Se permite que en caso tal que no haya empleados de carrera con calificación sobresaliente, el encargo pueda recaer en quien tenga las más altas calificaciones descendiendo del nivel sobresaliente al satisfactorio; y

(iv) sobre un empleado que se encuentre desempeñando el cargo inmediatamente inferior en la planta de personal. Asimismo, el mencionado precepto normativo dispone que,

(v) el término máximo para ocupar un empleo público bajo la modalidad de encargo es por un plazo de tres (3) prorrogables por otros tres (3) meses más.

Ahora bien, es importante precisar que el parágrafo 1° del artículo 1° de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019, que modificó el artículo 24 de la ley 909 de 2004, señala que dicha disposición se aplicará solamente a los encargos que se produjeren **con posterioridad a la entrada en vigencia de dicha ley**, lo que ocurrió, conforme con el artículo 7 ibídem, a partir de su publicación.

Dado que la Ley 1960 de 2019, se publicó en el diario oficial número 50.997 del 27 de junio de 2019, debe precisarse que fue a partir de dicha fecha que entraron en vigencia las modificaciones introducidas al artículo 24 de la Ley 909 de 2004, y, por tanto, los nuevos supuestos de hecho para la procedibilidad del encargo solamente se aplican a aquellos que fueren realizados desde el 27 de junio de 2019.

De esta manera, el área de Talento Humano o la Unidad de Personal o quien haga sus veces, en el momento de proveer un empleo vacante definitiva o temporal y con el fin de garantizar el reconocimiento del derecho preferencial de encargo, deberá identificar el servidor de carrera administrativa que desempeña el empleo inmediatamente inferior a aquél, dentro de la totalidad de planta de personal, sin distinción por dependencia y/o ubicación geográfica y examinar que el destinatario cumpla con los requisitos del artículo 24 de la Ley 909 de 2004.

Así pues, ante la ausencia del empleado con evaluación en el nivel sobresaliente, el derecho se predica respecto del servidor que en el mismo nivel cumpla con los demás requisitos y cuente con calificación satisfactoria. Este procedimiento deberá realizarse sucesivamente descendiendo en la planta y en caso de no encontrar un servidor que cumpla con los requisitos ya citados procederá el nombramiento provisional¹⁰.

De acuerdo con la normativa que regula el encargo, se observa, que dicha figura jurídica además de ser una situación administrativa del servicio público, se erige como un **derecho mínimo laboral** instituido en favor de los empleados de carrera en el régimen general, cuya prerrogativa tiende a garantizar aspectos básicos del sistema de mérito y de los principios de la función pública, como: i) el óptimo funcionamiento del servicio en condiciones de igualdad, eficiencia, imparcialidad y moralidad; ii) el legítimo ejercicio del derecho al acceso y al desempeño de funciones y cargos públicos; y iii) la protección y respeto por los derechos subjetivos de los funcionarios de carrera, cuya génesis se encuentra en el principio de estabilidad en el empleo.

En este sentido, comoquiera que el derecho preferencial de encargo de los empleados de carrera, previsto en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, tiene como finalidad proteger el mérito y la función pública, y se ha erigido como una prerrogativa mínima e irreductible; “no es posible aceptar que los sistemas especiales de carrera desconozcan, inobserven y no se compadezcan con los logros y derechos mínimos alcanzados por los trabajadores que fueron positivizados en el sistema general de carrera, pues una interpretación en contrario, implicaría connotar al régimen específico como laboralmente regresivo, y por ende contrario a los fines del estado social y a los derechos de raigambre constitucional”¹¹.

¹⁰ Comisión Nacional del Servicio Civil Circular N° 20191000000117 de 29 de julio de 2019.

¹¹ Expediente: 11001-03-25-000-2018-00605-00, CP.: Cesar Palomino Cortés, dentro del medio de control de nulidad simple.

4. Solución del caso concreto

Así pues, Sala establecerá si la Subdirectora del Centro de Gestión Administrativo y Fortalecimiento Empresarial – SENA regional Boyacá, ha sido renuente en cumplir el Auto 005 del 17 de mayo de 2019 expedido por la Comisión Nacional de Personal del SENA, mediante el cual se declaró *vulnerado el derecho preferente al encargo* de la accionante, y se ordenó comunicarlo a la autoridad demandada, *a fin de que tomara las acciones que corresponda en el marco de sus competencias* en relación con la provisión de la vacante desierta ofertada por la OPEC 60318, según lo establece la Resolución No. CNSC – 2018212097146 del 28 de diciembre de 2018, y cese la situación expuesta en el mencionado auto.

Según se estableció, para que la acción de cumplimiento sea procedente se deben cumplir los siguientes requisitos: i) indicarse el deber jurídico cuya observancia se exige, y que esté consignado en normas con fuerza de ley o en actos administrativos, de una manera inobjetable y, por ende, exigible frente a la autoridad de la cual se reclama su efectivo cumplimiento; ii) que la administración haya sido y continúe siendo renuente a cumplir; iii) que tal renuencia sea probada por el demandante de la manera como lo exige la ley.

Así, en punto a la procedencia de la acción impetrada, ha de señalar la Sala en primera medida, que el Auto 005 del 17 de mayo de 2019 corresponde a un acto administrativo de carácter particular, proferido por la Comisión Nacional de Personal del Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA.

El deber cuyo cumplimiento invoca la parte demandante, corresponde a los artículos 1º y 2º del Auto 005 del 17 de mayo de 2019, que en su tenor literal establecen lo siguiente:

“ARTÍCULO PRIMERO. Declarar vulnerado el derecho preferente de la funcionaria CLAUDIA PATRICIA PÉREZ ROLÓN, identificada con cedula de

ciudadanía No. 43.364.98, por las razones expuestas en la parte motiva del presente acto administrativo.

ARTÍCULO SEGUNDO. Comunicar el presente Auto a la Regional Boyacá y al Subdirector del Centro de Gestión Administrativo y Fortalecimiento Empresarial de la citada regional, a fin de que tome las acciones que correspondan en el marco de su competencia.

ARTÍCULO CUARTO. El presente Auto rige a partir de la fecha de su comunicación y contra el mismo **procede recurso de reposición**, el cual deberá ser interpuesto en los términos establecidos en el artículo 76 de la Ley 1437 de 2011.” (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Igualmente, se advierte que en el aludido acto se consigna una obligación clara, expresa y exigible, traducida en que el Subdirector del Centro de Gestión Administrativo y Fortalecimiento Empresarial de la regional Boyacá, tome las acciones pertinentes que correspondan en el marco de sus competencias, es decir y con fundamentos en la motivación del mencionado auto, las siguientes:

“Centro de Gestión Administrativa y Fortalecimiento Empresarial de la Regional Boyacá, debe tomar las medidas necesarias que correspondan en relación a la provisión de la vacante desierta ofertada por la OPEC 60318, según lo establece la resolución número 20182120197146¹² del 28 de diciembre 2018, y cese la situación expuesta”.

Para mayor claridad es necesario traer a colación la motivación del Auto 005 de 17 de mayo de 2019 *“Por el cual se procede a resolver la reclamación presentada por la funcionaria CLAUDIA PATRICIA PÉREZ ROLÓN”¹³*, expedido por la Comisión Nacional de Personal del Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, en la que se establece lo siguiente:

“El problema jurídico que se resolvió en aquella ocasión fue el de establecer si al existir una vacante en firme de las ofertadas en la OPEC 60318, para proveer el cargo denominado instructor grado 1 del sistema general de carrera del SENA, en el área temática del conocimiento de gestión documental, la subdirección del centro de gestión administrativo y fortalecimiento empresarial de la regional Boyacá, al terminar el encargo de la señora Claudia Pérez Rolón, y mantener vigente el nombramiento provisional de Diego Gustavo Mendoza Morales, vulneró el derecho preferente de la funcionaria.”

¹² La CNSC mediante la resolución número 20182120197146 del 28 de diciembre 2018, conformó la lista de elegibles para proveer definitivamente dos vacantes del empleo de carrera identificado con la OPEC 60318, para el centro de gestión administrativa y fortalecimiento empresarial de la regional Boyacá, declarando desierta una vacante definitiva ofertada.

¹³ Fls. 11 a 17 Expediente digital “002EscritoDemandaAnexos.pdf”

En las motivaciones se relata que la señora Claudia se encontraba encargada en el empleo denominado instructor, en el área temática del conocimiento de gestión documental del centro de gestión administrativa y fortalecimiento empresarial de la regional Boyacá, y que la **Comisión Nacional de Servicio Civil mediante la resolución número 20182120197146 del 28 de diciembre 2018, conformó la lista de elegibles para proveer definitivamente dos vacantes del empleo de carrera identificado con la OPEC 60318**, para el centro de gestión administrativa y fortalecimiento empresarial de la regional Boyacá, **declarando desierta una vacante definitiva ofertada**, por haberse configurado una de las causales previstas en el artículo 2.2.6.19 del decreto 1083 de 2015.

Se expresa que al quedar en firme la **Resolución 20182120197146 del 28 de diciembre 2018, el 15 de enero 2019**, y estando conformada por una sola persona con el derecho subjetivo a ser nombrada en período de prueba, mediante la resolución número 15-000084 del 5 de febrero 2019, se realizó el nombramiento en período de prueba de la señora Trinidad Rojas López, quien tomó posesión del cargo el 18 de marzo de 2019 según la acta de posesión número 82 de 2019, y en consecuencia, el subdirector del centro de gestión administrativo y fortalecimiento empresarial de la regional Boyacá, determinó procedente la terminación del encargo de la funcionaria Claudia Patricia Pérez Rolón, pese a que la otra vacante se encontraba provista por un nombramiento provisional.

Se manifiesta que al momento de dar posesión a la elegible se encontró que existiendo dos vacantes con perfiles diferentes en la misma OPEC 60318 y que la elegible nombrada en carrera administrativa en período de prueba tiene el perfil de gestión documental, el subdirector de Centro tomó la decisión de dar por terminado el encargo de la señora Claudia Pérez Rolón y no el del provisional Diego Mendoza Morales, por la coherencia de los perfiles y las necesidades del centro, pese a según certificación del 7 de mayo del 2019, se acredita que el citado provisional labora para esta entidad desde el 10 de diciembre 2008, desempeñándose como instructor en el área temática del conocimiento de teleinformática.

Que así las cosas, se evidencia con claridad que el señor Diego Gustavo Mendoza Morales, se encuentra ubicado en una vacante que no corresponde a su área de desempeño, según la oferta pública de empleos publicados en el marco de la convocatoria 436 de 2017 SENA, ni cuenta con una situación especial que haga aplicable el parágrafo segundo del artículo 2.2.5.3.2 del decreto 648 de 2017, por lo que es concluyente que **existe una violación directa a las disposiciones legales del orden de provisión de vacantes definitivas prevista en la ley y la jurisprudencia**, y en consecuencia, se vulneró el **derecho preferente de la funcionaria Claudia Pérez Rolón, pues existe una vacante en el área temática del conocimiento Gestión documental sin ocupar**".

También está probado que contra el auto 005 de 2019, cuyo cumplimiento se exige en este caso, solo procedía el recurso de reposición, el que fue resuelto mediante la Resolución 010 de 26 de julio de 2019¹⁴, proferida por la Comisión

¹⁴ Fls. 25 a 27 Expediente digital "002EscritoDemandaAnexos.pdf"

Nacional de Personal del Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, confirmándolo en su integridad.

Aunado a lo anterior, tal y como se advirtió al momento de resolver sobre la admisión de la demanda de la referencia, **la demandante cumplió el requisito de la constitución en renuencia**, invocando el cumplimiento del Auto 005 del 17 de mayo de 2019, ante la Subdirectora del Centro de Gestión Administrativo y Fortalecimiento Empresarial del SENA regional Boyacá, mediante requerimiento del **21 de julio de 2020**, en el que expresamente pidió el acatamiento de lo dispuesto en los artículos 1º y 2º del mencionado auto.

Por consiguiente, **el 22 de julio de 2020**, el Servicio a la Empresa y al Cliente del SENA, informa a la demandante que su requerimiento había sido trasladado al área de relaciones laborales de la entidad, concretamente a la funcionaria responsable, la señora Ligia Durango Cogollo¹⁵, **empero, a la fecha la parte demandante no ha obtenido respuesta por parte de la autoridad accionada, respecto del cumplimiento del mencionado auto, configurándose la renuencia tácita.**

Por otro lado, se debe recordar que las acciones de cumplimiento tienen la finalidad de ordenar, sin lugar a divagación, el cumplimiento de obligaciones concretas, particulares o generales, que la entidad se **niega a cumplir**, tal como se deduce del artículo 1º de la ley 393 de 1997, que consagra como fin único de la Ley la de *“hacer efectivo el cumplimiento de normas aplicables con fuerza material de ley o actos administrativos”*.

En este caso está acreditado, entonces, que el Centro de Gestión Administrativo y Fortalecimiento Empresarial del SENA, ha incumplido el citado acto administrativo de carácter particular, toda vez que en las pruebas no se aprecian gestiones tendientes a su cumplimiento, por el contrario, **se evidencia su silencio e inactividad.**

¹⁵ Fl. 33 Expediente digital “002EscritoDemandaAnexos.pdf”

Efectivamente, a la fecha, el Subdirector del Centro de Gestión Administrativo y Fortalecimiento Empresarial de la regional Boyacá, no ha procedido a ubicar a la accionante en la vacante desierta ofertada por la OPEC 60318, que corresponde a su área de desempeño, esto es, el área temática del conocimiento de gestión documental, debido a la declaratoria de vulneración del derecho preferente a encargo de la actora, que se hizo en el acto administrativo cuyo cumplimiento se exige.

Ahora bien, uno de los argumentos expuestos por la entidad accionada para justificar el incumplimiento de la obligación contenida en el Auto 005 de 2019, es que con ocasión a la contingencia sanitaria del Covid-19, que atraviesa el País y Boyacá, no se ha podido dar cumplimiento a varias disposiciones internas, y que para el caso en concreto se encuentran en trámite, sin allegar soporte alguno que así lo acredite.

Al respecto, la Sala estima que dicho argumento no es de recibo, ya que es evidente que el auto cuyo cumplimiento se exige quedó en firme desde la notificación de la Resolución 010 de 26 de julio de 2019¹⁶, proferida por la Comisión Nacional de Personal del Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, mediante la cual se resolvió el recurso de reposición, de acuerdo con el artículo 87 del CPACA, y en Colombia se declaró la emergencia sanitaria por causa del coronavirus, mediante la Resolución 385 de 2020, hasta el 12 de marzo de 2020.

Además, ninguna situación de carácter administrativo, puede afectar las garantías fundamentales de los ciudadanos, más aun, cuando el encargo además de ser una situación administrativa del servicio público, es un derecho mínimo laboral instituido en favor de los empleados de carrera, que pretende garantizar aspectos básicos del sistema de méritos y de los principios de la función pública, tales como el legítimo ejercicio del derecho al acceso y al desempeño de

¹⁶ Fls. 25 a 27 Expediente digital “002EscritoDemandaAnexos.pdf”

funciones y cargos públicos, y la protección y respeto por los derechos subjetivos de los funcionarios de carrera.

Así pues, la Sala encuentra configurados cada uno de los requisitos para que proceda la acción de cumplimiento, por lo que se ordenará al Subdirector del Centro de Gestión Administrativo y Fortalecimiento Empresarial de la regional Boyacá del SENA, que en el término máximo e improrrogable de tres (3) días, contados a partir de la ejecutoria del presente fallo, de cumplimiento a los artículos 1º y 2º del Auto 005 de 17 de mayo de 2019 *“Por el cual se procede a resolver la reclamación presentada por la funcionaria CLAUDIA PATRICIA PÉREZ ROLÓN”*.

Y en aras de garantizar el reconocimiento del derecho preferencial de encargo de la accionante, declarado en el mismo, dicha autoridad debe realizar todas las gestiones administrativas a que haya lugar, y nombrar a la señora Claudia Patricia Pérez Rolón en la vacante desierta ofertada por la OPEC 60318, es decir, en el cargo de instructor grado 1, Código 3010, del Sistema General de Carrera del SENA, en el área temática del conocimiento de gestión documental, de acuerdo con lo previsto en el numeral 5º del artículo 21 de la Ley 393 de 1997.

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala No. 2 de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO. DECLARAR que el Subdirector del Centro de Gestión Administrativo y Fortalecimiento Empresarial de la regional Boyacá del SENA, ha incumplido con el deber jurídico consignado en el acto administrativo particular, Auto 005 de 17 de mayo de 2019 *“Por el cual se procede a resolver la reclamación presentada por la funcionaria CLAUDIA PATRICIA PÉREZ ROLÓN”*.

SEGUNDO. ORDENAR al Subdirector del Centro de Gestión Administrativo y Fortalecimiento Empresarial de la regional Boyacá del SENA, que en el término máximo e improrrogable de tres (3) días, contados a partir de la ejecutoria del presente fallo, de cumplimiento a los artículos 1° y 2° del Auto 005 de 17 de mayo de 2019 *“Por el cual se procede a resolver la reclamación presentada por la funcionaria CLAUDIA PATRICIA PÉREZ ROLÓN”*, y en aras de garantizar el reconocimiento del derecho preferencial de encargo de la accionante, declarado en el mismo, nombrar en encargo a la señora **Claudia Patricia Pérez Rolón** en la vacante desierta ofertada por la **OPEC 60318, es decir, en el cargo de instructor grado 1, Código 3010, del Sistema General de Carrera del SENA**, en el área temática del conocimiento de gestión documental, de acuerdo con lo previsto en el numeral 5° del artículo 21 de la Ley 393 de 1997.

TERCERO. En firme esta providencia, **ARCHÍVENSE** las diligencias, dejando previamente las anotaciones de rigor.

CUARTO. Notificar a las partes por el medio más eficaz, para cuyo efecto se podrá utilizar el fax o el teléfono, si fuere necesario

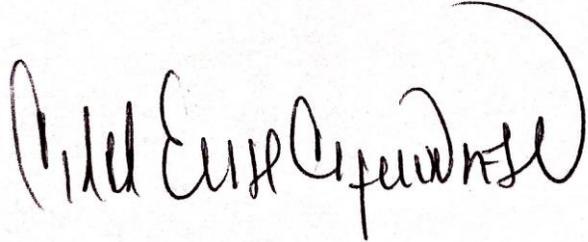
Notifíquese y cúmplase

Esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala de decisión No 2 de la fecha.

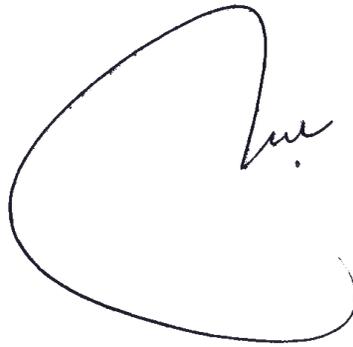


LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA

Magistrado

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Clara Elisa Cifuentes Ortiz', written in a cursive style.

CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
Magistrada

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Jose Ascencion Fernandez Osorio', written in a cursive style.

JOSE ASCENCION FERNANDEZ OSORIO
Magistrado