



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR

Valledupar, veintiuno (21) de enero de dos mil veinte (2020)

MEDIO DE CONTROL: ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO

DEMANDANTE: FABIAN ALBERTO JIMÉNEZ VEGA

DEMANDADOS: COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC-

RADICADO N°: 20-001-23-33-000-2019-00349-00

MAGISTRADO PONENTE: DORIS PINZÓN AMADO

I.- ASUNTO.-

Procede la Corporación a resolver la acción de cumplimiento promovida por el señor FABIAN ALBERTO JIMÉNEZ VEGA, en contra de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC.-

II.- ANTECEDENTES.-

2.1.- HECHOS:

Manifestó la parte actora, que el Congreso de la República aprobó la Ley 1960 de 2019 por la cual se modifica la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones, y fue sancionada por el Presidente de la República y publicada en el Diario oficial el día 27 de junio del año en curso, fecha a partir de la cual comenzó a regir.

Destacó que ese cuerpo normativo prevé en su artículo segundo la convocatoria a concurso de ascenso, el cual se niega a convocar la CNSC en la Gobernación del Departamento del Cesar, bajo el argumento de que el proceso de selección con dicho departamento se inició desde el año 2017 y fue aprobado por la Sala Plena de la CNSC, en sesiones realizadas los días 2 y 14 de mayo de 2019, por lo cual dicha norma al ser expedida el 27 de junio de 2019 no le resulta aplicable.

Precisó, que el día 15 de mayo de 2019 el presidente de la CNSC y el Gobernador del Departamento del Cesar, suscribieron el Acuerdo N° CNSC – 20191000006006 por el cual se convoca y se establecen reglas del Proceso de Selección para Proveer Definitivamente los Empleos Pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la Planta de Personal de la Gobernación del Cesar, convocatoria N° 1279 – Territorial Cesar y otros.

Indicó que el Acuerdo N° CNSC – 20191000006006 del 15 de mayo de 2019, conforme a lo previsto en su artículo 37 rige a partir de su publicación en la página web, diario oficial o gacetas territoriales, de acuerdo a lo normado en la Ley 909 de 2004 y Ley 1437 de 2011, publicación que se surtió el día 19 de julio de 2019 en la página web de la CNSC, es decir, que empezó a regir 22 días después de la entrada

en vigencia de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019, por lo que considera que para el concurso de ascenso sí resulta procedente aplicar la mencionada ley.

Debido a lo anterior, y en consideración a que estima se cumplen los requisitos para que se convoque en el Departamento del Cesar concurso de ascenso, dentro de los cuales destaca la existencia de 87 servidores públicos inscritos en carrera administrativa en los niveles asistencial, técnico y profesional, el día 8 de octubre de 2019 solicitó a la CNSC a través de correo electrónico, el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 2° de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019 y en consecuencia convocara concurso de ascenso en la Gobernación del Cesar y a la fecha de presentación de esta acción no ha obtenido respuesta, lo que denota la renuencia de la entidad accionada.

2.2.- PRETENSIONES:

En el caso que nos ocupa se solicita que se ordene a la CNSC el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 2° de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019 y como consecuencia de ello se convoque a concurso de ascenso en la Gobernación del Cesar, con la exclusión de 30% de los cargos de los niveles asistencial, técnico y profesional de la Convocatoria N° 1279 territorial Cesar y otros.

Asimismo, solicita se declare que el acto administrativo de carácter general, contenido en el Acuerdo N° CNSC-20191000006006 es ineficaz e inoponible frente a terceros (servidores públicos con derechos de carrera administrativa de la Gobernación del Cesar), por haber sido publicado con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019.

2.3.- PRUEBAS:

La parte actora, allegó junto con la demanda los siguientes documentos:

- ✓ Copia simple de la Ley 1960 de 2019 “por el cual se modifica la Ley 909 de 2004, el Decreto-Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones” (v.fls.14-16).
- ✓ Copia simple de solicitud de cumplimiento del artículo 2° de la Ley 1960 de 2019, presentada el 8 de octubre de 2019 por el señor FABIAN ALBERTO JIMÉNEZ VEGA ante la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL. (v.fls.19-20).
- ✓ Copia simple del correo electrónico remitido por el señor FABIAN ALBERTO JIMÉNEZ VEGA a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, el día 8 de octubre de 2019, con el objeto de solicitar el cumplimiento del artículo 2° de la Ley 1960 de 2019. (v.fls.17-18).
- ✓ Copia auténtica de solicitud elevada por el departamento del Cesar ante la Presidenta de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL de fecha 28 de agosto de 2019, por medio de la cual solicita la modificación de la convocatoria de los empleos pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la Planta de Personal de la Gobernación del Cesar – Convocatoria N° 1279 de 2019 territorial Boyacá, Cesar y Magdalena, por cuanto con la expedición de la Ley 1960 de 2019 se abre la posibilidad de que los funcionarios de carrera de ese ente territorial participen en concursos de ascenso, los cuales al dársele trámite al concurso abierto, se verían afectados, al no poder ascender. (v.fls.22).

- ✓ Copia simple de respuesta emitida el día 26 de septiembre de 2019 por parte de la CNSC a la anterior solicitud, la cual no fue acogida debido a que la vigencia de la Ley 1960 de 27 de junio 2019, se predica hacia futuro, por ello al haberse aprobado la convocatoria territorial Cesar, Boyacá y Magdalena en sesiones de los días 2 y 14 de mayo de 2019 por parte de la Sala Plena de la CNSC, la convocatoria debe seguir su curso de acuerdo con lo aprobado. (v.fl.s.23-24).
- ✓ Certificación de fecha 29 de noviembre de 2019 emitida por el Líder del Programa de Gestión Humana de la Gobernación del Cesar, en la que se acredita que en la planta de personal se encuentran inscritos en carrera administrativa 87 funcionarios de distintos niveles jerárquicos, 141 se encuentran en provisionalidad y 25 reportaron su condición de pre pensionados nombrados en provisionalidad. (v.fl.25)
- ✓ Copia simple del Acuerdo N° CNSC – 20191000006006 de 15 de mayo de 2019, emanado de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL “Por el cual se convoca y se establecen reglas del Proceso de Selección para Proveer Definitivamente los Empleos Pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la Planta de Personal de la GOBERNACIÓN DEL CESAR, convocatoria N° 1279 – territorial Boyacá, Cesar y Magdalena”. (v.fl.s.26-35).
- ✓ Copia simple del Acuerdo N° CNSC – 20191000008736 de 6 de septiembre de 2019, emanado de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL “por el cual se define el procedimiento para el reporte de la Oferta Pública de Empleos de Carrera (OPEC), con el fin de viabilizar el concurso de ascenso”. (v.fl.s.36-41).

III.- FUNDAMENTOS DE DERECHO.-

La parte actora invoca el incumplimiento al artículo 2° de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019 expedida por el Congreso de la República.

IV. ACTUACIONES PROCESALES.-

Mediante auto del 5 de diciembre de 2019¹ fue admitida la acción de cumplimiento, disponiéndose la notificación de las partes.

V.- RESPUESTA DE LA ENTIDAD ACCIONADA.-

La CNSC por medio de escrito de fecha 11 de diciembre de 2019 precisó que se opone a la prosperidad de las pretensiones de esta acción de cumplimiento por ser improcedente, toda vez que para controvertir el contenido del Acuerdo N° CNSC – 20191000006006 de 15 de mayo de 2019 “Por el cual se convoca y se establecen reglas del Proceso de Selección para Proveer Definitivamente los Empleos Pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la Planta de Personal de la GOBERNACIÓN DEL CESAR, convocatoria N° 1279 – territorial Boyacá, Cesar y Magdalena” el actor cuenta con otros medios de defensa, pues si bien persigue la aplicación de una ley, los efectos que persigue consisten en afectar un concurso que viene gestándose desde el año 2017.

¹ Ver folio 44

Destacó que si bien la CNSC el día 19 de julio de 2019 publicó un aviso informativo concerniente a los acuerdos de convocatoria, no puede perderse de vista que la Ley 1960 de 27 de junio de 2019 rige a partir de su publicación, a procesos de selección que se inicien hacia el futuro, es decir después de dicha fecha, lo que no ocurre en el caso que se estudia, por cuanto el Acuerdo N° CNSC – 20191000006006 de 15 de mayo de 2019 fue aprobado por la Sala Plena de la CNSC llevada a cabo los días 2 y 14 de mayo de 2019, esto es con anterioridad a la fecha de promulgación de la ley.

Aunado a lo anterior, destacó que la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA a través de la Circular N° 2019100000117 de 29 de junio de 2019 emitieron lineamientos respecto a la aplicación de la Ley 1960 de 2019, precisando que los procesos de selección aprobados en sesiones realizadas por la Sala Plena de la CNSC antes del 27 de junio de 2019, podrían ser modificados, corregidos o aclarados en los términos de la normativa que se encontrara vigente antes de la expedición de la Ley 1960 de 2019, ello debido a que los procesos de selección tienen una fase previa de planeación y coordinación² que termina cuando la sala plena de la CNSC lo aprueba, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

Destacó que el orden lógico de los concursos es que inicialmente se adelante el concurso abierto de ingreso y después que existan funcionarios de carrera, se lleve a cabo el concurso de ascenso.

Finalizó precisando, que la acción de cumplimiento no es el escenario idóneo para cuestionar aspectos contenidos en el Acuerdo N° CNSC – 20191000006006 de 15 de mayo de 2019, pues ello desconocería el carácter subsidiario de la acción de cumplimiento, máxime cuando no se ha probado la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

VI.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.-

Atendiendo los antecedentes que motivaron la presentación de la acción de cumplimiento, se procede a realizar el análisis de fondo de la solicitud elevada por la parte actora, de acuerdo con las siguientes precisiones conceptuales:

6.1.- COMPETENCIA.-

En virtud de lo dispuesto en el numeral 16 del artículo 152 de la Ley 1437 de 2011, esta Corporación es competente para conocer en primera instancia de la presente acción de cumplimiento.

6.2.- PROBLEMA JURÍDICO:

De acuerdo con los antecedentes expuestos, le corresponde a la Sala determinar, si resulta imputable a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC-, el incumplimiento del artículo 2° de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019 expedida por el Congreso de la República, al no convocar en la Gobernación del Cesar concurso de ascenso como lo establece dicha norma, o si esta acción resulta improcedente por contar con otros medios de defensa para la protección de su derecho al ascenso.

² Que en el caso del Departamento del Cesar implicó la entrega de manuales de funciones y competencias laborales, reporte de la planta de personal, pago de los costos para cubrir el financiamiento de la convocatoria y el reporte de al OPEC debidamente certificada por el representante legal de la gobernación y el jefe de talento humano.

6.3.- ANÁLISIS DEL ASUNTO BAJO EXAMEN.-

La acción de cumplimiento consagrada en el artículo 87 de la Constitución Política y desarrollada por la Ley 393 de 1997, tiene por finalidad hacer efectivo el derecho del que goza toda persona, natural o jurídica, pública o privada, en cuanto titular de intereses jurídicos, de exigir tanto a las autoridades públicas como a los particulares que ejerzan funciones de esta índole, el cumplimiento de una norma con fuerza material de ley o de un acto administrativo que ha impuesto ciertos deberes u obligaciones a una autoridad que se muestra renuente a cumplirlos, a fin de hacer efectiva la observancia del ordenamiento jurídico.

De acuerdo con la Ley 393 de 1997, los requisitos mínimos exigidos para que la acción de cumplimiento prospere son los siguientes:

a) Que el deber jurídico que se pide hacer cumplir se encuentre consignado en normas aplicables con fuerza material de ley o actos administrativos vigentes (Art. 1º). Esta exigencia impone que las obligaciones reclamadas sean incontrovertibles e incuestionables, de forma tal que no exista duda sobre su existencia, contenido y alcance, quedando excluida de la finalidad de esta acción la declaración de derechos que estén en discusión, pues para tal efecto existen las acciones contenciosas.

b) Que el mandato sea imperativo e inobjetable y que esté radicado en cabeza de aquella autoridad pública o del particular en ejercicio de funciones públicas, frente a los cuales se reclama su cumplimiento (Arts. 5º y 6º).

c) Que el actor pruebe la renuencia de la entidad accionada frente al cumplimiento del deber antes de instaurar la demanda, ocurrida ya sea por acción u omisión del exigido o por la ejecución de actos o hechos que permitan deducir su inminente incumplimiento (Art. 8º).

d) Que el afectado no tenga o haya podido ejercer otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento del deber jurídico contenido en un acto administrativo, salvo el caso que, de no proceder el juez, se produzca un perjuicio grave e inminente para quien ejerció la acción, circunstancia ésta que hace improcedente la acción, así como también conduce a ése estado el pretender el cumplimiento de normas con fuerza material de ley que establezcan gastos a la administración y la protección de derechos que puedan ser garantizados a través de la acción de tutela (Art. 9º).

6.4.- CASO CONCRETO.

En el presente caso, la parte actora pretende que se ordene a la CNSC se ordene a la CNSC el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 2º de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019, el cual es del siguiente tenor literal:

"ARTICULO 2. El artículo 29 de la Ley 909 de 2004 quedará así:

Artículo 29. Concursos. La provisión definitiva de los empleos públicos de carrera administrativa se hará mediante procesos de selección abiertos y de ascenso los cuales adelantará la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad en la que esta delegue o desconcentre la función.

En los procesos de selección o concursos abiertos para ingresar a la carrera podrán participar las personas que acrediten los requisitos y condiciones requeridos para el desempeño de los empleos.

El concurso de ascenso tiene como finalidad permitir la movilidad a un cargo superior dentro de la planta de personal de la misma entidad, del mismo sector administrativo o dentro del cuadro funcional de empleos.

El concurso será de ascenso cuando:

1. La vacante o vacantes a proveer pertenecen a la misma planta de personal, las plantas de personal del sector administrativo o cuadro funcional de empleos en los niveles asesor, profesional, técnico o asistencial.

2. Existen servidores públicos con derechos de carrera general o en los sistemas específicos o especiales de origen legal, que cumplan con los requisitos y condiciones para el desempeño de los empleos convocados a concurso.

3. El número de los servidores con derechos de carrera en la entidad o en el sector administrativo que cumplen con los requisitos y condiciones para el desempeño de los empleos convocados a concurso es igual o superior al número de empleos a proveer.

Si se cumple con los anteriores requisitos se convocará a concurso de ascenso el treinta (30%) de las vacantes a proveer. El setenta (70%) de las vacantes restantes se proveerán a través de concurso abierto de ingreso.

Si en el desarrollo del concurso de ascenso no se inscribe un número igual de servidores con derechos de carrera por empleo convocado, el concurso se declarará desierto y la provisión de los cargos se realizará mediante concurso de ingreso abierto. Quienes se hayan inscrito inicialmente para el concurso de ascenso continuarán en el concurso abierto de ingreso sin requerir una nueva inscripción.

Parágrafo. La Comisión Nacional del Servicio Civil determinará, en el término máximo de seis (6) meses contados a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, el procedimiento para que las entidades y organismos reporten la Oferta Pública de Empleos, con el fin de viabilizar el concurso de ascenso regulado en el presente artículo.” –Sic-

Sea lo primero señalar, que el demandante cumplió con el requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 8 de la Ley 393 de 1997, pues acreditó haber presentado previamente al ejercicio de la presente acción, la solicitud de cumplimiento del artículo 2° de la Ley 1960 de 2019 a la entidad demandada, habiéndose demostrado que la CNSC no contestó dicho requerimiento ni realizó actos tendientes al cumplimiento de lo solicitado en la misma.³

Ahora bien, de la transcripción del artículo cuyo cumplimiento se persigue en esta acción constitucional, se extrae que el mismo contiene un mandato de imperativo cumplimiento, comoquiera que define que la provisión definitiva de los empleos públicos de carrera administrativa debe hacerse mediante procesos de selección abiertos y de ascenso, señalando las reglas que determinan la escogencia de una

³ El HONORABLE CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION QUINTA Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO (E), Bogotá, D.C., veintisiete (27) de marzo de dos mil catorce (2014), Radicación número: 25000-23-41-000-2013-00444-01(ACU), Actor: JENNIFER CAROLINA ANGULO SILVA, Demandado: PRESIDENTE DE LA REPUBLICA Y MINISTRA DE LA JUSTICIA Y DEL DERECHO - PRESIDENTA DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA CARRERA NOTARIAL, indicó: “[...]Frente al requisito de la renuencia, resulta pertinente manifestar que el mismo se constituye en una exigencia de procedibilidad de la acción, y para ello, es necesario que el demandante previamente a acudir a la jurisdicción, haga una solicitud expresa de cumplimiento a la autoridad pública o al particular que ejerce funciones públicas sobre la ley o el acto administrativo objeto de requerimiento, lo cual puede realizarse a través del derecho de petición pero enfocado al fin reseñado[...].”

de esas modalidades, preceptiva a la cual deben ceñirse la CNSC y las entidades que convoquen a concurso.

Ahora, la parte accionante considera que la CNSC se está negando a la aplicación de dicha preceptiva en el caso particular de la Gobernación del Cesar, pues se dio inicio a un proceso de selección o concurso abierto, desconociendo que existen empleados de carrera dentro de la entidad, que con la vigencia de dicha norma podrían ascender por cumplir con los requisitos para que dicho concurso sea convocado, lo cual afecta el derecho al ascenso que les asiste.

Lo anterior, denota un reclamo por la protección del derecho fundamental al ascenso del actor, de lo cual se estima que si bien en el presente caso se plantea un debate sobre la aplicación de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019, la cual entró en vigencia previo a la publicación del Acuerdo N° CNSC – 20191000006006 de 15 de mayo de 2019 con el que se convocó a concurso abierto de mérito en la Gobernación del Cesar, dicho aspecto no puede ser dilucidado a través de la acción que se estudia, así como tampoco la pretendida declaratoria de ineficacia e inoponibilidad del Acuerdo N° CNSC – 20191000006006 de 15 de mayo de 2019, como quiera que el accionante para la protección de su derecho cuenta con otros medios de defensa⁴ como la acción de tutela⁵ y las acciones contenciosas ordinarias que puede promover en contra del acto administrativo de carácter general antes citado, que ataca o pretende modificar por medio de esta acción de cumplimiento.

Aunado a lo anterior, resulta oportuno precisar que en el *sub examine* no se acreditó la ocurrencia de un perjuicio grave e irremediable que obligue a esta corporación a realizar el estudio de fondo de las pretensiones del actor, lo cual reafirma la improcedencia de esta acción.

DECISIÓN.-

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo del Cesar, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR la IMPROCEDENCIA de la acción de cumplimiento instaurada por el señor FABIAN ALBERTO JIMÉNEZ VEGA en contra de COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

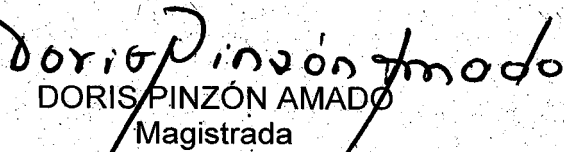
⁴ EL HONORABLE CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION QUINTA Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO (E), Bogotá, D.C., veintisiete (27) de marzo de dos mil catorce (2014), Radicación número: 25000-23-41-000-2013-00444-01(ACU), Actor: JENNIFER CAROLINA ANGULO SILVA, Demandado: PRESIDENTE DE LA REPUBLICA Y MINISTRA DE LA JUSTICIA Y DEL DERECHO - PRESIDENTA DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA CARRERA NOTARIAL, sobre el particular precisó: "[...]La subsidiariedad implica la improcedencia de la acción, si se cuenta con otros mecanismos de defensa jurídica para lograr el efectivo cumplimiento de ley o del acto administrativo, salvo que se esté en presencia de una situación gravosa o urgente, que haga desplazar el instrumento judicial ordinario, como salvaguarda de un perjuicio irremediable. Igual a lo que acaece frente a la tutela, pues se trata de instrumentos judiciales residuales y no principales... a manera enunciativa por vía de ejemplo, la acción constitucional en estudio no procede para exigir el cumplimiento de obligaciones consagradas en los contratos estatales, imponer sanciones, hacer efectivo los términos judiciales de los procesos, o perseguir indemnizaciones, por cuanto, para dichos propósitos, el ordenamiento jurídico establece otros cauces procesales, al tratarse de situaciones administrativas no consolidadas. Asimismo, por expresa disposición legislativa la acción de cumplimiento no se puede incoar frente a normas que generen gastos o cuando se pretenda la protección de derechos fundamentales, en este último caso el juez competente deberá convertir el trámite en el mecanismo previsto por el artículo 86 Superior.[...]"

⁵ Precisión realizada por el HONORABLE CONSEJO DE ESTADO en la providencia antes citada, en la que indicó: "[...]Cuando lo que se busca es la protección directa de derechos constitucionales fundamentales que pueden verse vulnerados o amenazados por la omisión de la autoridad, se está en el ámbito de la acción de tutela. Cuando lo que se busca es la garantía de derechos de orden legal o lo que se pide es que la administración de aplicación a un mandato de orden legal o administrativo que sea específico y determinado, lo que cabe en principio, es la acción de cumplimiento[...]."

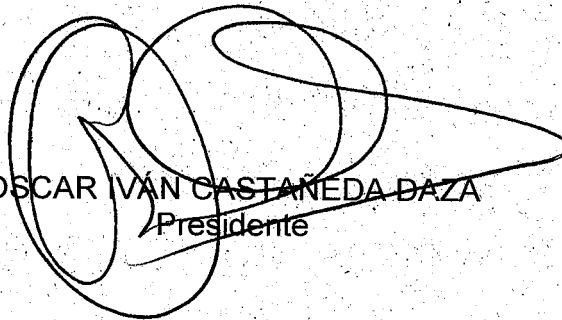
SEGUNDO: Notifíquese esta decisión a los interesados de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley 393 de 1997.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Este proveído fue discutido y aprobado en reunión de Sala de decisión efectuada en la fecha. Acta No. 004


DORIS PINZÓN AMADO
Magistrada


JOSÉ ANTONIO APONTE OLIVELLA
Magistrado


ÓSCAR IVÁN CASTAÑEDA DAZA
Presidente