



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR

Valledupar, veintitrés (23) de enero de dos mil veinte (2020)

REFERENCIA: ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO
DEMANDANTE: NINI JOHANA SOLANO ZÁRATE
DEMANDADO: SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA
RADICADO No: 20-001-33-33-002-2019-00361-01
MAGISTRADA PONENTE: DORIS PINZÓN AMADO

I.- ASUNTO. -

Resuelve la Sala la impugnación propuesta por la parte accionante, en contra del fallo proferido el día 28 de noviembre de 2019 por el JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR que decidió DENEGAR por improcedente la acción de cumplimiento promovida por la señora NINI JOHANA SOLANO ZÁRATE.

II.- ANTECEDENTES. -

Sirven de fundamentos fácticos a la acción de cumplimiento dentro de la cual se profirió el fallo cuya impugnación se resuelve en este proveído, los siguientes:

2.1 . - HECHOS.

Manifiesta la accionante que participó en el concurso de méritos de empleo público denominado Convocatoria N° 436 de 2017, la cual fue convocada por el SENA, adelantada por la Comisión Nacional del Servicio Civil, la Universidad de Pamplona y la Universidad de Medellín, para acceder al cargo de Instructor código 3010 grado 1 ubicado en el Centro de Operación y Mantenimiento Minero de la Regional Cesar, identificado con OPEC N° 60222, en el que existían 2 vacantes a proveer.

Precisó que cumplió con los requisitos exigidos y obtuvo una puntuación que le permitió ocupar el segundo lugar, como consta en el artículo primero la Resolución N° 20182120180055 de 24 de diciembre de 2018 emitida por la Comisión Nacional del Servicio Civil, por medio del cual se conforma la lista de elegibles para proveer los cargos antes citados.

Indicó, que el acto administrativo en mención fue publicado el día 4 de enero de 2019, y en su artículo quinto estableció que dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha en que la lista de elegibles quedara en firme, con base en los resultados del proceso de selección y en estricto orden de mérito, debía producirse por parte del nominador de la entidad el nombramiento en periodo de prueba, en razón al número de vacantes ofertadas, es decir que la Resolución N° 201821200180055 de 24 de diciembre de 2018 adquirió firmeza el día 15 de enero

de 2019, conforme se observa en el sistema BNLE, y el SENA debió realizar su nombramiento en periodo de prueba a partir del 29 de enero de ese mismo año.

No obstante, la entidad no efectuó tal nombramiento y notificó el 12 de febrero de 2019, la Resolución N° 2000087 de fecha 4 de febrero de ese mismo año, con la cual le informa a la accionante sobre la imposibilidad de realizar su nombramiento por el presunto incumplimiento de los requisitos de experiencia profesional requerida por la convocatoria N° 436 de 2017, con relación a las certificaciones laborales que aportó para acreditar su experiencia profesional, expedidas por la Red de Universidades Públicas del Eje cafetero Alma Máter y Red Alma Máter dentro de la área de Gestión Documental, sosteniendo de manera equivocada que estas son de carácter técnico y no profesional y que además especifican las funciones desarrolladas, información que no corresponde a la realidad.

Relata que debido a lo anterior, el día 29 de marzo de 2019 solicitó ante el SENA el cumplimiento del artículo quinto de la Resolución N° 201821200180055 de 24 de diciembre de 2018, por haber adquirido firmeza el día 15 de enero, aclarándole a dicha entidad que las certificaciones expedidas cumplían con el lleno de la convocatoria N° 436 de 2017; no obstante, mediante respuesta de 13 de abril de 2019, el SENA fue renuente a acceder a lo solicitado, lo que dio lugar a que interpusiera recurso de reposición y en subsidio de apelación en contra de esa respuesta, siendo resuelto el de reposición y declarado improcedente el de apelación.

Precisa, que con ocasión de lo anterior, el día 5 de julio de 2019 dirigió derecho de petición a la Comisión Nacional del Servicio Civil, con el propósito de desvirtuar el no cumplimiento de los requisitos exigidos en la convocatoria, respondiendo esta que no solicitó la exclusión de aspirantes de la lista y que de acuerdo con los requisitos exigidos, la misma fue integrada.

Indica, que el SENA por su parte consideró que como ente nominador era necesario realizar una nueva verificación del cumplimiento de los requisitos de la convocatoria, antes de realizar los nombramientos en periodo de prueba, lo que dio lugar a que no se realizara el nombramiento de la accionante.

Para finalizar, la actora relató que presentó acción de tutela en contra del SENA, ante la renuencia de la entidad de dar cumplimiento a lo dispuesto en la Resolución N° 201821200180055 de 24 de diciembre de 2018, acto que se encuentra en firme, con el fin de que le fueran amparados sus derechos fundamentales al debido proceso y derecho al acceso a cargos públicos, sin embargo, mediante sentencia de 30 de septiembre de 2019, se negó el amparo por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, por existir mecanismos ordinarios a los cuales podía acceder para la protección de sus derechos.

2.2.- PRETENSIONES. -

Se solicita que se dé cumplimiento al artículo quinto de la Resolución N° 201821200180055 de 24 de diciembre de 2018 (lista de elegibles), emitido por la Comisión Nacional del Servicio Civil, la cual se encuentra en firme desde el día 15 de enero de 2019, puesto que existe un debido proceso y la entidad debió observarlo para realizar el nombramiento de la accionante en periodo de prueba.

2.3.-INTERVENCIÓN DE LA ACCIONADA. –

Mediante escrito de fecha 18 de noviembre de 2019, el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA-, se pronunció sobre lo pretendido por la actora en su escrito de demanda, manifestando que la acción resulta improcedente debido a que la naturaleza de la acción de cumplimiento no se encuentra prevista para obtener la protección de derechos que puedan ser garantizados mediante acción de tutela.

Agrega, que la actora ha usado de manera abusiva las acciones constitucionales con el fin de que el SENA la nombre en un cargo para el cual no cumple los requisitos, acción de tutela conocidas por el JUZGADO PRIMERO PENAL y por el JUZGADO CUARTO PENAL DEL CIRCUITO persiguiendo el amparo de los derechos que son objeto de estudio, precisando que mediante sentencia del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL - SALA PENAL con fecha de 15 de octubre de 2019, confirmó la decisión negando las pretensiones de la accionante.

Adujo que verificando los requisitos de nombramiento en periodo de prueba, se constató que la actora no cumple con los exigidos para efectuar su nombramiento en periodo de prueba, ya que no se evidenció en las certificaciones que estas guardarán relación con el propósito del empleo ni con las funciones.

2.4.- MATERIAL PROBATORIO ALLEGADO

- ✓ Fotocopia simple de cédula de ciudadanía de la Señora NINI JOHANA ZÁRATE. (v.fl.8).
- ✓ Copia simple de los requisitos de la convocatoria N° 436 de 2017 del SENA. (v.fl.s.9-10).
- ✓ Copia simple de la Resolución N° 20182120180055 de 24 de diciembre de 2018 - Lista de elegibles-, emitida por la Comisión Nacional del Servicio Civil. (v.fl.s.11-13).
- ✓ Pantallazos del sistema BNLE de la Comisión Nacional del Servicio Civil, dentro de la convocatoria N° 436 de 2017 OPEC, con los que pretende acreditar que la comisión estudió los documentos aportados para acreditar su formación y experiencia y la misma consideró que cumplía con estos requisitos. (v.fl.s.14-15).
- ✓ Copia simple de la Resolución N° 2000087 de fecha 4 de febrero de 2019 expedida por el SENA, por medio de la cual se abstiene de nombrar a la accionante en periodo de prueba, por no cumplir con el requisito de experiencia profesional relacionada. (v.fl.s.16-19).
- ✓ Copia simple de constancia de notificación personal de la Resolución N° 2000087 de fecha 4 de febrero de 2019, la cual data del 12 de febrero de 2019. (v.fl.s.20).
- ✓ Copia simple de la reclamación administrativa presentada por la señora NINI JOHANA SOLANO ZÁRATE el 29 de marzo, y recurso de reposición y en subsidio apelación de 22 de marzo de 2019. (v.fl.s.21-33).

- ✓ Copia simple de respuesta del SENA a las reclamaciones administrativas de fecha 29 de marzo, 22 de marzo y 22 de abril de 2019, realizadas por la señora NINI JOHANA SOLANO ZÁRATE. (v.fls.34-46).
- ✓ Copia simple de derecho de petición del 5 de julio de 2019 presentado por la señora NINI JOHANA SOLANO ZÁRATE ante la Comisión Nacional del Servicio Civil. (v. fls.56-65).
- ✓ Copia simple de respuesta de la Comisión Nacional del Servicio Civil a la señora NINI JOHANA SOLANO ZÁRATE donde se pronuncia sobre la firmeza de la resolución cuyo cumplimiento se persigue en la demanda. (v.fls.66-67).
- ✓ Copia simple de la sentencia de tutela de segunda instancia emitida por la SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR, la cual es negada por improcedente. (v.fls.68-83).

2.5.- FALLO IMPUGNADO. -

En decisión de fecha 28 de noviembre de 2019, el JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR, resolvió denegar por improcedente la acción de cumplimiento promovida por la señora NINI JOHANA SOLANO ZÁRATE contra el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA.

Precisó que siguiendo los precedentes trazados por el Consejo de Estado para este tipo de controversias, no es posible ordenar el cumplimiento de cualquier clase de disposiciones, sino de aquellas que contengan un mandato perentorio claro y directo a cargo de la respectiva autoridad, es decir, un mandato imperativo e inobjetable.

En este sentido, indicó el fallador de primera instancia que realizando un análisis al acto administrativo que pretende sea aplicado, el mismo no contiene un mandato claro y expreso para el Servicio Nacional de Aprendizaje, puesto que se limita a realizar la conformación de la lista de elegibles para la provisión de dos vacantes del cargo de instructor.

Finalmente, aclara el juez que los argumentos planteados por la accionante debieron ser conocidos por el juez natural mediante acción de nulidad y restablecimiento del derecho para que determine si le asistía razón a la actora en sus afirmaciones, por ello declaró la improcedencia de esta acción.

2.6.- IMPUGNACIÓN. –

Mediante escrito de fecha 2 de diciembre de 2019, el apoderado de la señora NINI JOHANA SOLANO ZÁRATE impugnó la decisión proferida por el JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE VALLEDUPAR argumentando que esta no se ajusta a los hechos antecedentes que motivaron la acción, por error de hecho y de derecho ya que en el Acto Administrativo N° 20182120180055 del 24 de diciembre de 2018 si se delimita un mandato claro y expreso.

Afirma que el SENA también está incumpliendo con el artículo 14 del Decreto 760 de 2005, puesto que la accionante cumple con los requisitos para acceder al cargo público.

Finalmente, destacó que tampoco le asiste razón al juez de primera instancia cuando indica que este tipo de problemáticas deben ser conocidas por el juez ordinario, puesto que el estudio de la presente acción debió solo ser fijada en el incumplimiento del mandato claro y expreso establecido en Acto Administrativo N° 20182120180055 del 24 de diciembre de 2018; por lo cual solicita de manera respetuosa sea estudiada de manera detallada las inconformidades descritas.

III.- TRÁMITE DE LA IMPUGNACIÓN. -

A través de auto de fecha 13 de enero de 2019 se avocó conocimiento de la impugnación presentada por la parte accionante de manera oportuna¹, con ocasión de la cual se ordenó su notificación por el medio más expedito a las partes.

IV.- CONSIDERACIONES. -

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:

4.1.- COMPETENCIA.-

En virtud de lo dispuesto en el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011, esta Corporación es competente para conocer en segunda instancia de la presente acción de cumplimiento.

4.2.- PROBLEMA JURÍDICO:

De acuerdo con los antecedentes expuestos, le corresponde a esta Corporación determinar, si se encuentra ajustada a derecho la sentencia proferida por el JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR, de fecha 28 de noviembre de 2019, en la cual declaró la improcedencia de esta acción por contar con los medios de defensa ordinarios, o si por el contrario éste corresponde al medio expedito para abordar el estudio de lo pretendido por la actora.

4.3.- 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

¹ Folio 198

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. 5° y 6°).

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. 8°).

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. 9°).

4.4.- CASO CONCRETO.

En el presente caso, la parte actora pretende que se dé cumplimiento al artículo 5to del Acuerdo N° 20182120180055 del 24 de diciembre de 2018 - Lista de elegibles-, con el fin de que se realice su nombramiento en periodo de prueba en el cargo de instructor, obligación de la cual se sustrae el SENA al considerar que la misma no cumple con la experiencia profesional relacionada exigida para acceder al mismo. preceptiva que es del siguiente tenor:

“ARTÍCULO QUINTO. que dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha en que la lista de elegibles quede en firme, con base en los resultados del proceso de selección y en estricto orden de mérito deberá producirse por parte del nominador de la entidad, el nombramiento en periodo de prueba, en razón al número de vacantes ofertadas.”

En forma previa a avocar el estudio del material probatorio del caso, 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 de la norma antes citada a la entidad accionada², la cual emitió respuesta negativa a dicha petición; reiterando los argumentos que dieron lugar a la negativa de realizar el nombramiento de la accionante en periodo de prueba.

Ahora bien, de la transcripción del artículo cuyo cumplimiento se persigue en esta acción constitucional, se extrae que el mismo no contiene un mandato de imperativo cumplimiento, comoquiera que define los términos y la forma por medio de la cual se realizará la vinculación de quienes ocuparon los primeros lugares en la lista de elegibles, lo cual sólo sería exigible siempre que se cumpliera con la condición prevista en el artículo segundo y párrafo de esa misma resolución, es decir, la satisfacción de los requisitos y calidades de las personas que conforman la lista de

² Radicada ante el SENA el 29 de marzo de 2019 y se hace visible a folios de 21 a 27.

elegibles, conforme los ha establecidos el SENA para acceder a ese empleo, facultad de verificación radicada en el nominador antes de dar nombramiento o posesión.

Ahora bien, la parte accionante considera que el SENA se está negando a la aplicación de lo previsto en el artículo 5to de la Resolución N° 20182120180055 del 24 de diciembre de 2018 -Lista de elegibles-, pues pese a haber ocupado el segundo lugar en la misma, realizó una valoración de requisitos posterior a la llevada a cabo por la CNSC que a su vez le permitió hacer parte de la lista de elegibles, circunstancia con la cual se ha mostrado en desacuerdo y dio lugar a que presentara diversas reclamaciones ante la entidad, quien en respuesta a las mismas se mantuvo en la posición de que no cumple con los requisitos para ocupar el cargo para el cual concursó.

Para esta Sala de Decisión es claro que esta acción de cumplimiento como lo dispuso el fallador de primera instancia, no resulta procedente para obtener lo pretendido como el nombramiento en periodo de prueba, pues existe un derechos como es el acceder a un cargo público de carrera que se encuentra en discusión por no llenar con los requisitos dispuestos para la provisión del cargo, por ello el camino para dilucidar esos aspectos del concurso no es la acción de cumplimiento como quiera que la accionante para la protección de su derecho cuenta con otros medios de defensa³ como las acciones contenciosas ordinarias que puede promover en contra de las decisiones adoptadas por el SENA y perseguir el restablecimiento de su derecho.

Aunado a lo anterior, resulta oportuno precisar que esta acción reviste un carácter subsidiario, el cual puede ser inobservado siempre que se acredite la inminencia de un perjuicio irremediable que conduzca a relevar al juez natural de su competencia, aspecto que en el *sub examine* no se acreditó por lo cual no existe circunstancia que obligue a esta corporación a realizar el estudio de fondo de las pretensiones de la accionante, lo cual con fundamento en todos los argumentos antes expuestos conduce a confirmar la decisión adoptada por el fallador de primera instancia respecto a 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: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia de fecha 28 de noviembre de 2019, emitida por el JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR que declaró la improcedencia de la acción

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, 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.[...]"

de cumplimiento de la referencia.

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

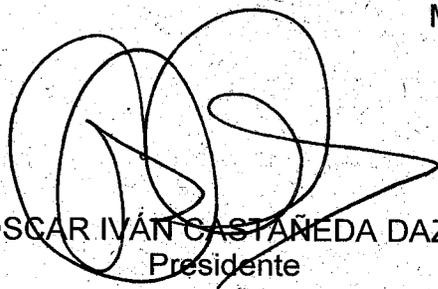
TERCERO: En forme esta decisión remítase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Este proveído fue discutido y aprobado en reunión de Sala de decisión efectuada en la fecha. Acta No. 006


DORIS PINZÓN AMADO
Magistrada


JOSÉ ANTONIO APONTE OLIVELLA
Magistrado


ÓSCAR IVÁN CASTAÑEDA DAZA
Presidente