

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Magistrada ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá, D.C., catorce (14) de febrero de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 25000-23-41-000-2018-01078-01

Actora: SHIRLY GÓMEZ GARCÍA

Demandado: Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC

Asunto: Acción de cumplimiento – Fallo de segunda instancia – Modifica la sentencia para, en su lugar, rechazar la demanda en relación con la primera norma cuya observancia se pretende y negarla con respecto a la segunda por inexistencia de un mandato imperativo e inobjetable – Análisis de la finalidad de la acción de cumplimiento.

OBJETO DE LA DECISIÓN

La Sala decide la impugnación interpuesta por la parte actora contra el fallo del **12 de diciembre de 2018**, por medio del cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “A” *i*) declaró improcedente la acción de cumplimiento con respecto al numeral 1º del artículo 31 de la Ley 909 de 2004 y *ii*) negó las pretensiones de la demanda, en relación con el inciso final del párrafo 1º del artículo 14 del Acuerdo CNSC 20182210000786 del 12 de enero de 2018.

1. ANTECEDENTES

1. Solicitud de cumplimiento

1.1. Mediante escrito radicado el 24 de octubre de 2018¹, en la Secretaría de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la señora **Shirly Gómez García**, actuando en nombre propio, ejerció acción de cumplimiento contra la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC, con el fin de obtener el acatamiento del **numeral 1º del artículo 31 de la Ley 909 de 2004 y el inciso final del párrafo 1º del artículo 14 del Acuerdo CNSC 20182210000786 del 12 de enero de 2018**².

1.2. Como pretensiones formuló las siguientes:

“1) Ordene a la CNSC el cumplimiento y aplicación de lo establecido en la Ley 909 de 2004, en su artículo 31 numeral 1.

2) Ordene a la CNSC el cumplimiento y aplicación de lo establecido en el acuerdo CNSC 20182210000786 del 12 de enero de 2018, en su artículo 14 párrafo 1 inciso final

3) Como consecuencia de las anteriores declaraciones se proceda a excluir a los participantes inscritos automáticamente al cargo denominado Profesional Universitario OPEC: 42913, Código 219, Grado 04.”

1.3. Hechos probados y/o admitidos

La Sala encontró acreditados los siguientes hechos, los cuales son relevantes para la decisión que se adoptará en el fallo:

1.3.1. Mediante Acuerdo No. CNSC 20182210000786 del 12 de enero de 2018, la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC estableció las reglas del concurso abierto de méritos para proveer los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de la Alcaldía de Tocancipá.

¹ Folios 1 al 5 del expediente.

² “Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.”

1.3.2. El 15 de mayo de 2018, la CNSC informó, en la página web del concurso, que había autorizado la inscripción automática en el concurso con la comprobación del pago y, en consecuencia, “...los aspirantes objeto de inscripción automática podrán consultar a partir del 16 de mayo de 2018, la formalización de la misma.”³

1.3.3. El 3 de octubre de 2018, la actora, quien se encuentra inscrita en el concurso de méritos referido, solicitó a la CNSC el cumplimiento de las reglas generales del concurso contenidas en el acuerdo referido, lo cual realizó a través del aplicativo PQR, dispuesto por la entidad para el trámite, el cual generó el número de radicado 201810030015.

1.3.4. La entidad contestó la solicitud el 19 de octubre de 2018, mediante oficio en el que informó que “...verificando que finalizada la etapa de inscripciones del Proceso de Selección Cundinamarca – Convocatorias Nos. 507-591, exactamente para el día 15 de mayo de 2018, se encontraban **4.718 aspirantes preinscritos con pago**, analizó la situación bajo la óptica de garantizar el acceso a cargos públicos a quienes pagaron su inscripción y, como consecuencia de esto se tomó la decisión de inscribir automáticamente a estas personas.”

En la respuesta se precisó que “La CNSC adoptó la decisión de realizar inscripciones automáticas debido al número de requerimientos hechos por los aspirantes que no alcanzaron a formalizar su inscripción, quienes entre el 11 y el 15 de mayo elevaron 261 peticiones aproximadamente las cuales estaban orientadas a que se les permitiera formalizar el proceso de inscripción únicamente con el pago de los derechos.”⁴

2. Fundamentos de la solicitud

2.1. La parte actora sustentó la petición de cumplimiento de las normas jurídicas en lo que calificó como inobservancia por parte de la autoridad accionada de las reglas del concurso que son obligatorias para la administración y para los concursantes.

³ Folio 4 del expediente de cumplimiento.

⁴ Folio 9 del expediente de cumplimiento.

2.2. Agregó que, la entidad decidió, en forma unilateral y sin mediar procedimiento legal alguno, desconocer lo preceptuado por la Ley 909 de 2004, artículo 31, numeral 1º al permitir las inscripciones automáticas al concurso, esto es, incluir a aquellas personas que omitieron finalizar la inscripción, de conformidad con lo dispuesto en el acuerdo de apertura de la convocatoria, actuación administrativa que calificó de irregular.

4. Actuaciones procesales relevantes

4.1. Admisión de la demanda

Mediante auto del 29 de octubre de 2018, el Juzgado Treinta y Dos Administrativo del Circuito de Bogotá, admitió la demanda de cumplimiento y dispuso notificar a la autoridad accionada.⁵

4.2. Contestación de la parte accionada – Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC

4.2.1. Por intermedio de apoderado judicial, la entidad contestó la demanda de cumplimiento, según escrito radicado el 2 de noviembre de 2018⁶, en el que se opuso a las pretensiones de la demanda.

4.2.2. Afirmó que la acción de cumplimiento no procede cuando el accionante tenga o haya tenido otro mecanismo de defensa judicial.

4.2.3. Informó que, en el trámite de la convocatoria número CNSC 20182210000786 del 12 de enero de 2018, la Comisión Nacional del Servicio Civil decidió aceptar las inscripciones automáticas, debido al número de solicitudes efectuadas por los aspirantes que realizaron el pago pero no alcanzaron a formalizar la inscripción.

⁵ Folios 15.

⁶ Folios 21 a 31.

4.2.4. Señaló que el paso de preinscripción a inscripción estaba generando confusión en los interesados en participar en el concurso y evitando el real acceso al trámite, dejando excluidos a quienes por error entendían que esta etapa no se formalizaba con el pago sino con un “clic” en el aplicativo SIMO.

4.2.5. Hizo referencia a la gran cantidad de aspirantes que quedaron excluidos de anteriores convocatorias no obstante haber pagado los derechos y señaló que, en esta oportunidad, la entidad optó por garantizar la libre concurrencia en los concursos de méritos y dar estricta aplicación a los principios de eficiencia, integridad y transparencia *“en el manejo de los recursos públicos, permitiendo al ciudadano que dispuso del tiempo y del recurso económico para concursar en el proceso de selección de los municipios de Cundinamarca, su participación en iguales condiciones.”*⁷

4.2.6. Informó el trámite que debe seguir cada uno de los aspirantes al concurso y el cumplimiento de los mismos en el caso objeto de análisis y de la finalidad de ellos al interior del concurso.

4.2.7. Finalizó su escrito informando que la accionante interpuso igualmente acción de tutela con los mismos fundamentos jurídicos y fácticos e idénticas pretensiones, a la que le correspondió el radicado número 2018-00320 en el Juzgado Veintinueve Administrativo de Bogotá, en el que se negaron las pretensiones de la demanda.

4.2.8. Allegó como pruebas *i)* el acto administrativo de convocatoria al concurso; *ii)* listado de personas inscritas automáticamente.

4.3. Auto que declara falta de competencia y ordena remisión al Tribunal Administrativo de Cundinamarca

4.3.1. Mediante proveído del 7 de noviembre de 2018, el Juzgado Treinta y Dos Administrativo Oral del Circuito de Bogotá, declaró

⁷ Folio 21 vuelto.

la falta de competencia del despacho para conocer de la acción de cumplimiento, en consideración a la naturaleza jurídica de la autoridad accionada, determinada como un órgano constitucional, autónomo e independiente del nivel nacional.

4.3.2. En consecuencia, ordenó la remisión del expediente al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el cual avocó el conocimiento del proceso, según auto del 16 de noviembre de 2018.

4.4. Fallo impugnado

4.4.1. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “A”, mediante sentencia del **12 de diciembre de 2018** *i)* declaró improcedente la acción de cumplimiento con respecto al numeral 1º del artículo 31 de la Ley 909 de 2004 y *ii)* negó las pretensiones de la demanda, con respecto al inciso final del párrafo 1º del artículo 14 del Acuerdo CNSC 20182210000786 del 12 de enero de 2018.

4.4.2. Para arribar a esa decisión, precisó que la accionante no agotó en debida forma el requisito de renuencia en relación con el numeral 1º del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, toda vez que en la petición que presentó el 3 de octubre de 2018, no solicitó que se observara dicho precepto ni explicó los motivos por los cuales lo consideró incumplido.

4.4.3. En relación con la segunda norma cuyo cumplimiento solicitó la parte actora, consideró que la norma no contiene un mandato imperativo e inobjetable que pueda exigirse de la autoridad accionada, por cuanto está *“indicando a las personas que se inscriban en la convocatoria, que con el pago no quedarán inscritos, sino que también deberán cerrar la inscripción.”*

4.4.4. Precizó que lo que contiene la presente acción es la inconformidad de la demandante con la inscripción automática que realizó la Comisión a los participantes que se encontraban

preinscritos.

4.4.5. El fallo fue notificado por medios electrónicos el 11 de enero de 2019, según constancia visible a folios 50 a 52 del expediente.

4.5. Impugnación

4.5.1. Mediante escrito presentado el 16 de enero de 2019, la parte actora impugnó el fallo de primera instancia, solicitando que sea revocado y, en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda de cumplimiento.

4.5.2. La actora consideró que el fallo de primera instancia no se ajusta a derecho por cuanto no resuelve de fondo la pretensión planteada, al no referirse al problema jurídico real expuesto.

4.5.3. Con respecto a la declaratoria de improcedencia decretada en relación con el numeral 1º del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, señaló que *“el incumplimiento de la anterior norma se encuentra estrechamente ligado a la observancia del artículo 14 parágrafo 1 inciso 2 del Acuerdo CNSC 20182210000786 del 12 de enero de 2018”*, en cuanto dispone que la convocatoria es la norma reguladora del concurso y que obliga tanto a la administración como a las entidades contratadas para su realización.

4.5.4. Aseveró que, la normatividad que regula la acción de cumplimiento no exige que el precepto cuya observancia se solicita contenga una obligación clara, expresa y actualmente exigible.

4.5.5. Agregó que, en el caso concreto, se encuentra acreditada la acción irregular en que incurrió la entidad, consistente en realizar la inscripción automática en el registro del concurso de méritos, reiterando que los concursantes así inscritos deben ser excluidos.

2. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Esta Sala es competente para conocer la impugnación presentada contra la sentencia de primera instancia, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera – Subsección “A” el **12 de diciembre de 2018**, de conformidad con lo establecido en los artículos 150 y 152 de la Ley 1437 de 2011, y el Acuerdo 015 del 22 de febrero de 2011 de la Sala Plena del Consejo de Estado, que establece la competencia de la Sección Quinta de la Corporación para conocer de las *“apelaciones contra las providencias susceptibles de ese recurso que se dicten por los Tribunales Administrativos en primera instancia en las acciones de cumplimiento”*.

2. Problemas jurídicos a resolver en la presente acción de cumplimiento

2.1. Con fundamento en los supuestos fácticos de la demanda, las pretensiones, el contenido del precepto cuyo cumplimiento se solicita y los argumentos expuestos en el libelo introductorio y en el escrito de impugnación, corresponde a la Sala determinar si modifica, confirma o revoca la sentencia dictada por el *a quo* constitucional.

2.2. Para tal efecto, los problemas jurídicos que subyacen al caso concreto son los siguientes:

2.2.1. Si la parte actora agotó en el requisito de constitución en renuencia.

2.2.2. Si concurren en el caso concreto los requisitos de procedibilidad de la acción de cumplimiento que tornen viable el análisis de fondo de las pretensiones de la demanda.

2.2.3. En caso de ser afirmativas las respuestas a los anteriores problemas, la Sala estudiará si hay lugar a ordenar a la autoridad accionada el cumplimiento de lo dispuesto en las normas jurídicas

indicadas en la demanda, cuestionamiento que implica el análisis de la concurrencia de los requisitos de la acción, con fundamento en el marco conceptual que la Sala expone a continuación.

3. Razones jurídicas de la decisión

Para resolver los problemas jurídicos planteados, se analizarán los siguientes temas *i)* naturaleza de la acción de cumplimiento; *ii)* análisis del requisito de renuencia en el *sub lite*; y *iii)* examen del caso concreto con fundamento en el libelo introductorio y en los argumentos de impugnación.

3.1. Naturaleza de la acción de cumplimiento

3.1.1. La acción de cumplimiento está instituida en el artículo 87 de la Constitución Política, como un mecanismo para que toda persona pueda "*...acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una Ley o un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido*".

3.1.2. En igual sentido, el artículo 1° de la Ley 393 de 1997 precisa que "*Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial definida en esta Ley para hacer efectivo el cumplimiento de normas aplicables con fuerza material de Ley o actos administrativos*".

3.1.3. Colombia es un Estado Social de Derecho y dentro de sus fines esenciales está el de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, teniendo en cuenta lo anterior y que las autoridades de la República están instituidas, entre otras, para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares (artículo 2° de la Constitución Política), la acción en estudio permite la realización de este postulado logrando la eficacia material de la ley y de los actos administrativos expedidos por las diferentes autoridades en cumplimiento de sus

funciones públicas⁸.

3.1.4. De este modo, la acción de cumplimiento constituye el instrumento adecuado para demandar de las autoridades o de los particulares que ejercen funciones públicas, ante la inobservancia de los deberes consagrados, la efectividad de las normas con fuerza material de ley y de los actos administrativos.

3.1.5. Cabe destacar que, como lo señaló la Corte Constitucional “... el objeto y finalidad de esta acción es otorgarle a toda persona, natural o jurídica, e incluso a los servidores públicos, la posibilidad de acudir ante la autoridad judicial para exigir la realización o el cumplimiento del deber que surge de la ley o del acto administrativo y que es omitido por la autoridad, o el particular cuando asume este carácter. De esta manera, la referida acción se encamina a procurar la vigencia y efectividad material de las leyes y de los actos administrativos, lo cual conlleva la concreción de principios medulares del Estado Social de Derecho, que tienden a asegurar la vigencia de un orden jurídico, social y económico justo”⁹ (Subraya fuera del texto).

3.1.6. Sin embargo, para que la acción de cumplimiento prospere, se deben acreditar los requisitos mínimos que a continuación se relacionan, los que surgen del examen de los preceptos consagrados en la Ley 393 de 1997. El actor debe, en consecuencia acreditar:

3.1.6.1. La renuencia de la entidad accionada frente al cumplimiento del deber, antes de formular la demanda, bien sea por acción u omisión del exigido o por la ejecución de actos o hechos que permitan deducir su inminente incumplimiento (Art. 8^o). El referido artículo señala que, excepcionalmente, se puede

⁸ De conformidad con la sentencia C-157 de 1998 esta acción se “... nutre del principio constitucional de la efectividad de los derechos que es anejo al Estado Social de Derecho, pues si éste busca crear unas condiciones materiales de existencia que aseguren una vida en condiciones dignas y justas a los integrantes de la comunidad, y la acción de los poderes públicos para lograr estos propósitos se traducen en leyes y actos administrativos, toda persona como integrante de ésta, en ejercicio del derecho de participación política e interesado en que dichos cometidos materiales se realicen, tiene un poder activo para instar el cumplimiento de dichas leyes y actos, acudiendo para ello al ejercicio de una acción judicial”.

⁹ Corte Constitucional, sentencia C-157 de 1998. Magistrados Ponentes Antonio Barrera Carbonell y Hernando Herrera Vergara

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.

3.1.6.2. Que el deber que se pide hacer cumplir se encuentre consignado en normas aplicables con fuerza material de ley o actos administrativos vigentes (Art. 1º)¹⁰.

3.1.6.3. 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 que deba cumplir y frente a los cuales se haya dirigido la acción de cumplimiento.

3.1.6.4. Que el afectado no tenga o haya podido ejercer otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento del deber jurídico o administrativo omitido, salvo el caso que, de no proceder el juez, se produzca un perjuicio grave e inminente para quien ejerció la acción, circunstancia esta que la hace procedente. A *contrario sensu*, es improcedente la acción que persigue la protección de derechos que puedan ser garantizados a través de la acción de tutela o se pretenda el cumplimiento de normas que establezcan gastos a la administración (Art. 9º).

3.1.6.4.1. Ello significa que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 9º de la Ley 393 de 1997, la acción de cumplimiento no procederá cuando el afectado tenga o haya tenido otro instrumento de defensa judicial para lograr el efectivo cumplimiento de la norma o acto administrativo, salvo que de no ordenarse por parte del juez el cumplimiento, se cause un perjuicio grave e inminente para el accionante.

3.1.6.4.2. De igual forma, esta Sección en reiterada jurisprudencia¹¹ ha desarrollado “... la existencia de otro mecanismo judicial”, como causal de improcedencia de la acción de

¹⁰ Esto excluye el cumplimiento de las normas de la Constitución Política, que por lo general consagran principios y directrices.

¹¹ Cfr. Sentencia de 24 de mayo de 2012, radicado n° 05001-23-31-000-2010-02067-01(ACU), M.P. Alberto Yepes Barreiro, Sentencia de 23 de agosto de 2012, radicado n° 25000-23-31-000-2012-00425-01(ACU). M.P. Mauricio Torres Cuervo, Sentencia de 21 de junio de 2012, radicado n° 05001-23-31-000-2006-01095-01(ACU). M.P. Mauricio Torres Cuervo

cumplimiento, en aquellos casos en los que no se acredite un perjuicio irremediable.

3.1.6.4.3. Así, en sentencia de 24 de mayo de 2012, se reiteró como “... la razón de ser de esta causal de improcedencia es garantizar que la resolución de las diferencias jurídicas sea efectuada por el juez natural, bajo el trámite que el ordenamiento jurídico ha establecido como propio para ello y evitar la alteración de las competencias que han sido radicadas en las diferentes jurisdicciones. No puede entenderse que el Constituyente haya creado la acción de cumplimiento como un instrumento paralelo a los medios judiciales ordinarios; por ello la causal señalada, le imprime a la acción de cumplimiento el carácter de mecanismo residual y subsidiario. En el evento consagrado como excepción, la norma habilita al Juez de la acción de cumplimiento para que, pese a la existencia de un instrumento judicial, se pronuncie de fondo en relación con la solicitud, pero siempre y cuando se acrediten los presupuestos de necesidad, urgencia, gravedad e inminencia del perjuicio”¹².

3.2. Acreditación del requisito de renuencia

3.2.1. El inciso 2º del artículo 8º de la Ley 393 de 1997, en concordancia con el numeral 5º del artículo 10 *ejusdem*, estableció como requisito de procedibilidad de esta acción constitucional, que con la demanda el accionante aporte la prueba de haber pedido a la entidad demandada en forma directa y con anterioridad al ejercicio de la acción, el cumplimiento del deber legal o administrativo “*presuntamente*” desatendido por aquélla y, que la autoridad requerida se ratifique en el incumplimiento o guarde silencio frente a la solicitud.

3.2.2. De esta manera quedará acreditada la renuencia de la respectiva autoridad administrativa y el actor podrá ejercer la acción de cumplimiento.

3.2.3. Por lo tanto, la Sala estudiará si la señora **Shirly Gómez García** cumplió con su carga de probar que constituyó en renuencia a la Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC, concretamente en relación con los preceptos cuya observancia solicita.

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia de 24 de mayo de 2012, radicado n° 05001-23-31-000-2010-02067-01(ACU), M.P. Alberto Yepes Barreiro

3.2.4. Para el cumplimiento de este requisito de procedibilidad es importante tener en cuenta, como lo ha señalado la Sala, que “... *el reclamo en tal sentido no es un simple derecho de petición sino una solicitud expresamente hecha con el propósito de cumplir el requisito de la renuencia para los fines de la acción de cumplimiento*”¹³.

3.2.5. Para dar por satisfecho este presupuesto no es necesario que el solicitante en su petición haga mención explícita y expresa a que su objetivo es constituir en renuencia a la autoridad, pues el artículo 8° de la Ley 393 de 1997 no lo prevé así; por ello, basta con advertir que lo pretendido –de acuerdo con el contenido de la solicitud– es el cumplimiento de un deber legal o administrativo y, que de éste pueda inferirse el propósito de agotar el prerrequisito en mención.

3.2.6. Al abordar el caso concreto, la Sala encuentra que para cumplir con el requisito de renuencia la actora radicó el **3 de octubre de 2018** en el aplicativo del concurso PQR ante la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC el documento que denominó “*reclamo*”, en el cual manifestó que acudía a la entidad con el fin de que “*se haga efectivo el cumplimiento de lo establecido en el artículo 14 Acuerdo No. CNSC 20182210000786 del 12 de enero de 2018, párrafo 1º, inciso 2 en el que se cita en forma expresa lo siguiente: “Recuerde que con el solo pago el aspirante no queda inscrito; debe continuar con el procedimiento de formalizar y cerrar la INSCRIPCIÓN.”*”

3.2.7. La respuesta a la solicitud anterior fue enviada por la entidad al correo electrónico de la peticionaria y en ella se explicó la razón por la cual la entidad decidió tener como válidas las inscripciones realizadas con el pago respectivo aun cuando no se hubiera cumplido con el requisito del cierre y certificó la publicidad que se le dio a la decisión en el marco del concurso de méritos, según notificación realizada el 15 de mayo de 2018, en la página web de la entidad denominada “*Proceso de Inscripción Automática: preinscritos con pago*”.

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, providencia del 20 de octubre de 2011, Exp. 2011-01063, C.P. Mauricio Torres Cuervo, reiterada en varios pronunciamientos entre los cuales cabe destacar el fallo del 9 de agosto de 2018. Rad. 25000-23-41-000-2018-00397-01, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

3.3.8. Cabe destacar que en el escrito la actora no citó ni solicitó el cumplimiento del numeral 1º del artículo 31 de la Ley 909 de 2004 y tampoco precisó que la solicitud tuviera como finalidad agotar el requisito de renuencia para efectos de ejercer la acción de cumplimiento en contra de la entidad.

3.3.9. Tampoco se desprende de su petición que ésta estuviera encaminada a la observancia de tal precepto, como lo alega en la impugnación, o que pretendiera la integración de una proposición jurídica completa con las dos normas cuyo cumplimiento reclama y que ello resultara evidente para que el juez constitucional deba tener como acreditado el requisito de renuencia en relación con la primera norma citada.

3.3.10. En consecuencia, le asiste razón al juez constitucional *a quo* al considerar que no se agotó el requisito de renuencia en relación con el numeral 1º del artículo 31 de la Ley 909 de 2004.

3.3.11. No obstante lo anterior, la Sala aclara que la consecuencia jurídica de no encontrar acreditado en el caso concreto tal presupuesto procesal no es la declaratoria de improcedencia de la acción, sino el rechazo de la demanda en torno a la norma cuyo cumplimiento no se solicitó en sede de renuencia, al tenor de lo dispuesto por el artículo 12 de la Ley 393 de 1997, en virtud del cual *“En caso de que no aporte la prueba del cumplimiento del requisito de procedibilidad de que trata el inciso segundo del artículo 8º, salvo que se trate de la excepción allí contemplada, el rechazo procederá de plano.”*

3.3.12. Así lo ha concluido esta corporación en sus pronunciamientos sobre la hermenéutica del 8º de la Ley 393 de 1997¹⁴, motivo por el cual se modificará el numeral primero de la parte resolutive de la sentencia objeto de revisión para, en su lugar, rechazar la acción en relación con la norma analizada.

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del veinticuatro (24) de septiembre de dos mil quince (2015), Rad. 250002341000201500041-01

3.3.9. Con respecto a la segunda norma cuyo cumplimiento se pretende, la Sala tendrá como acreditado el requisito de renuencia toda vez que la actora solicitó expresamente su acogimiento por parte de la autoridad accionada, por lo que se abordará el estudio de los demás requisitos de procedencia de la acción.

3.4. Análisis del caso concreto

3.4.1. Norma jurídica cuyo cumplimiento se solicita

La norma jurídica cuya observancia se pretende obtener a través del presente medio de control es el **inciso final del párrafo 1º del artículo 14¹⁵ del Acuerdo CNSC 20182210000786 del 12 de enero de 2018** *“Por el cual se establecen las reglas del Concurso abierto de mérito para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de la Alcaldía de TOCANCIPÁ, Proceso de Selección 582-2017 Cundinamarca”*, norma jurídica que regula el procedimiento de inscripción al concurso, estableciendo como requisito de perfeccionamiento de esta etapa la formalización, mediante la selección en “SIMO” de la opción “INSCRIPCIÓN SIMO”, en los siguientes términos:

“PARÁGRAFO 1º. ...

*Recuerde que con el sólo pago el aspirante no queda inscrito; debe continuar el procedimiento de formalizar y **cerrar la INSCRIPCIÓN.**”*

3.4.2. Cabe resaltar que el aparte de la norma cuya observancia pretende la accionante regula el deber a cargo de los aspirantes de formalizar el cierre de la inscripción, sin que indique deber alguno en cabeza de la entidad.

¹⁵ **“INSCRIPCIÓN:** Una vez realizado el pago y confirmado por el Banco, el aspirante debe verificar que los documentos marcados son los que le permiten acreditar el cumplimiento de los requisitos mínimos y le sirven para ser tenidos en cuenta en la prueba de valoración de antecedentes en el presente concurso de méritos, y proceder a formalizar éste procedimiento, seleccionado en SIMO, la **opción INSCRIPCIÓN SIMO** o su equivalente generará un reporte de inscripción con los datos seleccionados previamente información que podrá ser consultada en cualquier momento por el aspirante al ingresar con su usuario.

Si el aspirante escoge la opción de pago online por PSE, la opción inscripción se habilitará de inmediato.

Si el aspirante escoge la opción de pago por ventanilla en Banco, la opción inscripción se habilitará dos (2) días hábiles después de realizar el pago.”

3.5. Examen de las pretensiones de la parte actora en relación con la norma cuyo cumplimiento se pretende

3.5.1. Del examen de los supuestos fácticos y de las pretensiones de la demanda de cumplimiento, la Sala advierte que la parte actora no procura que la CNSC realice una actuación determinada para la cual el precepto no consagra un deber imperativo e inobjetable a su cargo, sino que cuestiona la actuación de la administración contenida en el acto notificado el **15 de mayo de 2018**, proferido en el marco del concurso de méritos, en virtud del cual la entidad dispuso la inscripción automática de los aspirantes que realizaron el pago, con independencia de que hubieran completado la formalidad del cierre de la inscripción, en los precisos términos de la regla prevista en el acto de apertura del concurso.

3.5.2. Igualmente, solicita que se disponga la exclusión de los aspirantes inscritos en forma automática, lo cual implica que el acto administrativo preparatorio o intermedio dictado en el trámite del concurso se deje sin efectos.

3.5.3. El contenido y alcance de la pretensión de la parte actora torna imperativo que la Sala analice la procedencia de la acción de cumplimiento en el *sub lite*, la cual no se encuentra prevista para estudiar la legalidad de las actuaciones de la administración ni para determinar la exclusión de los aspirantes en los concursos de méritos que se adelanten para proveer cargos de carrera administrativa.

3.5.4. En efecto, la acción de cumplimiento no se estableció para controvertir los actos administrativos que reglamentan o ejecutan un proceso de concurso de méritos¹⁶, pretensión que excepcionalmente sería procedente a través la acción de tutela si se solicitara la protección de un derecho fundamental como el debido proceso constitucional, pero al no ser este el caso de la actora, no es dable convertir la acción en los términos del artículo

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-682 de 2016, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. En esta sentencia la Corte realizó una aproximación en relación con la procedencia de las acciones de tutela y de cumplimiento en relación con actuaciones desplegadas en concursos de méritos y precisó los eventos en los que cada uno de ellos procede, en relación directa con las pretensiones de la demanda.

9º de la Ley 393 de 1997, menos aun cuando la autoridad accionada informó que la actora ejerció la referida acción siendo negadas las pretensiones en tal sede judicial.

3.5.5. En ese orden de ideas, los requisitos de procedibilidad de la acción se encontrarían cumplidos en la medida en que no es dable tramitar la pretensión a través de la tutela ni tampoco existe un mecanismo de defensa judicial, por tratarse de un acto preparatorio que no es pasible de control en sede de simple nulidad y/o nulidad y restablecimiento del derecho.

3.5.6. Sin embargo, al efectuar el análisis de fondo del caso, la Sala advierte que la norma cuya observancia pretende la parte actora no contiene un mandato imperativo e inobjetable¹⁷, esto es, un deber claro, expreso y exigible a cargo de la CNSC, de realizar alguna actuación, en tanto, se limita a regular la forma como debe realizarse la inscripción al concurso de méritos y a advertir a los destinatarios del precepto la forma como debe realizarse el cierre del registro, siendo este un requisito *sine qua non* para la prosperidad de la acción de cumplimiento.

3.5.7. En consecuencia, al no concurrir los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para la prosperidad de la acción de cumplimiento y pretenderse un objetivo diferente al que corresponde de acuerdo a la naturaleza del medio de control, corresponde **negar** las pretensiones de la demanda, con respecto al segundo precepto señalado por la actora.

¹⁷ La jurisprudencia de esta Corporación, ha determinado que según la Ley 393 de 1997, “los requisitos mínimos exigidos para que la acción de cumplimiento prospere, son los siguientes: 1º Que el deber jurídico que se pretende hacer cumplir se encuentre consignado en normas aplicables con fuerza material de ley o actos administrativos vigentes (art.1º). 2º Que el mandato sea imperativo e inobjetable y que esté radicado en cabeza de aquella autoridad pública o de un particular en ejercicio de funciones públicas, frente a las cuales de reclama su cumplimiento (arts. 5º y 6º). 3º 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 cumplimiento (art.8º). 4º No procederá la acción cuando el afectado tenga o haya tenido otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento del deber jurídico, salvo el caso que, de no proceder el juez administrativo, se produzca un perjuicio grave e inminente para quien ejerció la acción”. Los deberes legales o administrativos que pueden ser cumplidos a través de las órdenes del juez constitucional son los que albergan un mandato perentorio, claro y directo a cargo de determinada autoridad, un deber “*imperativo e inobjetable*” en los términos de los artículos 5, 7, 15, 21 y 25 de la Ley 393 de 1997. Ver, entre otras, la sentencia del 10 de mayo de 2018, 47001-23-33-000-2017-00425-01, M.P. Rocío Araújo Oñate. En igual sentido se pronunció la Sala en sentencia del 6 de diciembre de 2018, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio

4. Conclusiones

En virtud de lo expuesto, la Sala considera que en el caso concreto correspondía rechazar la demanda por falta de cumplimiento del requisito de renuencia en relación con el **numeral 1º del artículo 31 de la Ley 909 de 2004** y negarla en relación con el **inciso final del párrafo 1º del artículo 14 del Acuerdo CNSC 20182210000786 del 12 de enero de 2018**, por cuanto la norma no contiene un mandato imperativo e inobjetable, por lo que modificará la decisión de primera instancia en este sentido.

III. DECISIÓN

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia del **12 de diciembre de 2018**, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “A” que declaró improcedente la acción de cumplimiento para, en su lugar, **rechazar** la demanda en relación con la pretensión del **numeral 1º del artículo 31 de la Ley 909 de 2004**.

SEGUNDO: CONFIRMAR la decisión de **negar** la petición en relación con el **inciso final del párrafo 1º del artículo 14 del Acuerdo CNSC 20182210000786 del 12 de enero de 2018**, por las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: NOTIFICAR a las partes en la forma prevista en el artículo 22 de la Ley 393 de 1997.

CUARTO: En firme esta sentencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Presidente

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Magistrada

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Magistrada

ALBERTO YEPES BARREIRO
Magistrada

