

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente (E): LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá, D.C., treinta (30) de marzo de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 25000-23-41-000-2016-02177-01

Actor: JHOMNY URREA BAUTISTA

Demandado: CONTRALORIA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Asunto: Acción de Cumplimiento. Fallo de segunda instancia

La Sala decide la impugnación interpuesta por la parte demandada contra la providencia del 27 de enero de 2017 a través de la cual, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A: i) ordenó a la Contraloría General de la República dar cumplimiento al deber contemplado en el artículo 2º de la Resolución N° 69 de 2008 y ii) negó las demás pretensiones de la acción.

I. ANTECEDENTES

1. Solicitud

En ejercicio de la acción de cumplimiento, el señor **JHOMNY URREA BAUTISTA**, en nombre propio, demandó de la Contraloría General de la República la aplicación de los artículos 2º, 3º, 4º, 7º, 8º de la Resolución N° 69 de 2008 y de los artículos 13 y 26 del Decreto Ley 268 de 2000.

2. Hechos

La parte demandante narró la siguiente situación fáctica, que la Sala resume así:

2.1. El Decreto Ley 271 de 2000 estableció la planta de personal de la Contraloría General de la República, empleos que en su mayoría son de carrera y, por ende, se proveen a través del concurso de méritos respectivo.

2.2 La Contraloría adelantó el concurso de méritos 2014-2015 el cual surtió todas sus etapas, toda vez que las listas de elegibles fueron publicadas y se encuentran vigentes.

2.4 Según consta en el oficio 2016E0063277 del 21 de julio de 2016 y el oficio 2016EE0104882 del 16 de agosto de esa misma anualidad, en la Contraloría General de la República existen vacantes definitivas sin proveer.

2.5 A juicio del accionante, las disposiciones que se dicen incumplidas contemplan que una vez finalizado el concurso de méritos, la Contraloría debe elaborar un estudio técnico sobre los cargos vacantes que pueden ser cubiertos con las listas de elegibles.

2.6 Señaló que, a la fecha, la Contraloría General de la República no ha realizado el estudio técnico de que tratan las normas en cita, pese a que aquel es necesario para que con las listas de elegibles se puedan proveer las vacantes definitivas producidas después de la realización del concurso de méritos.

2.7 Aseguró que pidió ante la entidad demandada el cumplimiento de la ley, pero esta respondió que hasta tanto el Ministerio de Hacienda no certificara la disponibilidad presupuestal, no era posible elaborar el estudio técnico.

3. Fundamentos de la acción

Para la parte actora las normas invocadas en su solicitud se encuentran incumplidas, toda vez que la Contraloría tiene el deber de *“usar la listas de elegibles para la provisión de empleos con vacancia definitiva previa realización de un estudio técnico a pesar de lo anterior, desde el inicio de la vigencia de las listas de elegibles de enero de 2016, resultado del último concurso de méritos adelantado incumplió con dicho deber”*¹.

¹ Folio 1

Señaló que no es cierto, como sostiene la entidad, que la realización del estudio técnico dependa de la certificación presupuestal expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, pues dicho certificado se solicita después de proferido el estudio técnico respectivo.

En este sentido, explicó que la autoridad demandada confunde el estudio presupuestal con el certificado de disponibilidad presupuestal siendo claro, según su criterio, que para realizar el estudio técnico no es necesario contar con este último, comoquiera que es dicho escrito el que faculta a la Contraloría a solicitar al Ministerio de Hacienda la disponibilidad de recursos para proveer los cargos vacantes.

Argumentó que el estudio que se realiza previo al concurso de méritos, nada tiene que ver con el contemplado en las normas en cita que es posterior al mismo, pero dentro de la vigencia de la lista de elegibles y el cuál se elabora con el propósito de nombrar los cargos vacantes que requiera la entidad. Finalmente sostuvo que, a su juicio, el presunto incumplimiento de la norma ha generado una *“burla al procedimiento legal de provisión de vacantes de la Contraloría General a partir de la lista de elegibles”*².

4. Pretensiones

En el texto de la demanda se precisaron las siguientes:

“PRIMERA: DECLARAR que la CONTRALORIA GENERAL DE LA REPÚBLICA incumplió el deber especial de realizar un estudio técnico en “coordinación con las distintas dependencias de la Contraloría General de la República, sobre la necesidad de provisión de cargos vacantes en donde se tendrá en cuenta la disponibilidad presupuestal, los perfiles ocupacionales, los procesos vigentes en la cadena de valor de la Entidad, el nivel jerárquico, el grado y las competencias laborales requeridas para el empleo a proveer.”

SEGUNDA: DECLARAR que la CONTRALORIA GENERAL DE LA REPÚBLICA, incumplió el deber de usar las listas de elegibles del concurso de méritos 2015 por no haber realizado el estudio técnico previo ordenado por las disposiciones incumplidas.

² Reverso del folio 2 del expediente.

TERCERA: ORDENAR que la CONTRALORIA GENERAL DE LA REPÚBLICA realice, en el plazo que prudentemente disponga el Tribunal, la realización del estudio técnico “en coordinación con las distintas dependencias de la Contraloría General de la República, sobre la necesidad de provisión de cargos vacantes en donde se tendrá en cuenta la disponibilidad presupuestal, los perfiles ocupacionales, los procesos vigentes en la cadena de valor de la Entidad, el nivel jerárquico, el grado y las competencias laborales requeridas para el empleo a proveer.”³ (Mayúsculas y subrayas en original)

5. Trámite de la solicitud

Mediante providencia de 21 de octubre de 2016, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A admitió la presente acción y ordenó la notificación de la misma a la Contraloría General de la República.

6. Contestación de la Contraloría General

6.1 Mediante escrito del 4 de noviembre de 2016, y por medio de apoderado judicial dicha autoridad se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda ya que consideró, de un lado, que no se había agotado el requisito de procedibilidad y, de otro, que se materializaba una causal de improcedencia, porque la acción implicaba erogación para el presupuesto público.

6.2 Igualmente, realizó algunas precisiones respecto al régimen de carrera de la Contraloría y especificó que:

i) No era cierto, como sostenía la demanda, que la Contraloría tuviera que utilizar las listas de elegibles para proveer los cargos no ofertados en el concurso de méritos y que se encontraran en vacancia definitiva ya que, tal y como lo concluyó la Corte Constitucional en sentencia T-071 de 1999, la ley contempla ese aspecto como una posibilidad, pero no como un deber.

ii) La Contraloría puede proveer los cargos vacantes no ofertados en el concurso de méritos, con las listas de elegibles resultantes de aquel. Sin embargo, esto es una potestad que está sujeta al procedimiento administrativo descrito en la Resolución N° 69 de 2008.

³ Reverso del Folio 8 del expediente

6.3 Sostuvo que las normas invocadas en la demanda no se han desatendido, ya que:

i) La Contraloría sí elaboró el estudio técnico al que alude el accionante, cosa distinta es que aquel no se haya podido formalizar por falta de disponibilidad presupuestal, razón por la que el artículo 2º de la Resolución N° 69 de 2008 no fue desconocido.

ii) No existe incumplimiento de los artículos 3, 4, 7 y 8 ibídem, comoquiera que con las listas de elegibles se procedió a nombrar a 127 personas en los empleos objeto del concurso de méritos.

iii) La entidad no se ha sustraído de lo regulado en los artículos 13 y 26 del Decreto Ley 268 de 2000 pues dichas disposiciones contemplan, entre otros, que las listas de elegibles pueden, una vez se provean los cargos objetos del concurso, utilizarse para proveer las *“vacantes que se presenten en el mismo empleo o en otros iguales, dentro del mismo nivel como también se puede utilizar en empleos similares o de inferior jerarquía”*⁴, siendo claro que las personas que ocuparon el primer lugar en la lista de elegibles, ya fueron nombradas en periodo de prueba, pero que dicho listado no se ha podido utilizar para proveer otros cargos, por falta de disponibilidad presupuestal.

6.4 Desarrolló el argumento que esbozó al inicio de su contestación relacionado con la causal de improcedencia en la que, a su juicio, se encuentra incurso la acción presentada por el señor **JHOMNY URREA BAUTISTA** y concluyó que la misma norma que se considera incumplida contempla que el estudio técnico está atado a la disponibilidad presupuestal, sin que dicho factor esté cubierto, lo que significa que la norma cuya aplicación se pretende genera gasto.

Lo propio sucedió con el argumento relacionado con la falta de agotamiento del requisito de procedibilidad. En este sentido, explicó que en la petición remitida por el actor, mediante correo electrónico el pasado 7 de octubre de 2016 no se solicitó el cumplimiento de la norma incumplida, pues en ella no se pidió la

⁴ Folio 43 del expediente

elaboración del estudio técnico, sino que fueran entregados los resultados del mismo.

7. Fallo impugnado

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A en sentencia de 27 de enero de 2017: i) declaró incumplido el deber impuesto en el artículo 2º de la Resolución N° 69 de 2008 y, en consecuencia, ordenó a la Contraloría General de la República que, en el término de un mes contado a partir de la ejecutoria de la providencia, cumpliera con la normatividad referenciada y ii) negó las demás pretensiones.

Como sustento de su decisión, la autoridad judicial determinó lo siguiente:

7.1 Frente al requisito de renuencia, precisó que el actor cumplió con lo señalado en el artículo 8º de la Ley 393 de 1997, toda vez que en la petición identificada con el número 2016ER0102347 solicitó el cumplimiento de lo establecido en los artículos 2, 3, 4, 7 y 8 de la Resolución Reglamentaria N° 69 de 2008, expedida por el Contralor de la República y de lo estipulado en los artículos 13 y 26 del Decreto Ley 268 de 2000, solicitud sobre la cual se pronunció la Contraloría mediante Oficio 2016EE0134485.

7.2 Luego de analizar los elementos sustanciales que debe contener la acción de cumplimiento para su prosperidad, aclaró que lo que *“el actor busca es la realización del estudio técnico sobre la necesidad de personal con el fin de proveer las vacantes de las listas de elegibles, para que se utilice la lista del concurso de méritos realizado en el año 2015”*.

De acuerdo a lo anterior, se centró en el artículo 2º de la Resolución N° 69 de 2008 y concluyó que del contenido de la mencionada norma se desprendía una obligación clara, expresa y exigible a cargo de la Gerencia de Talento Humano, a través de la Dirección de Gestión de Talento Humano de la Contraloría General de la República, en coordinación con las distintas dependencias de dicha entidad, de efectuar un estudio técnico respecto de la necesidad de provisión de cargos vacantes.

Argumentó que el estudio referenciado no implicaba la erogación de gasto alguno y aclaró que cuestión distinta era que dentro del componente de dicho estudio se deba tener en cuenta la disponibilidad presupuestal necesaria para proveer los cargos requeridos.

7.3 Finalmente, indicó que en atención a que la entidad accionada no ha realizado los estudios técnicos correspondientes, se debía acceder a las pretensiones de la demanda. No obstante, precisó que las demás normas cuyo cumplimiento se demandan “(...) *corresponden al procedimiento subsiguiente a la elaboración de los estudios técnicos, esto es, indican el procedimiento de provisión de persona de acuerdo a la unificación de la lista de elegibles realizada [y] no hay lugar a declarar su cumplimiento al no ser actualmente exigible de la hoy demandada lo dispuesto en los artículos 3, 4, 7 y 8 de la misma Resolución y los artículos 13 y 26 de la Ley 268 de 2000*”⁵.

8. Impugnación

Inconforme con la decisión anterior el apoderado judicial de la Contraloría General de la República impugnó la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y solicitó que se revocara la sentencia de primera instancia, para en su lugar, negar las pretensiones de la demanda. Para sustentar su posición, argumentó que el Tribunal incurrió en dos errores que, según su criterio, conllevan a sostener que la decisión del 27 de enero de 2017 es contraria a derecho.

8.1 En este sentido señaló que no era cierto, como lo sostuvo el *a quo*, que el artículo 2º de la Resolución N° 69 de 2008 contenga una obligación clara, expresa y exigible consistente en elaborar un estudio técnico. En este punto, retomó lo expuesto en la contestación de la demanda, respecto a que el uso de la lista de elegibles para proveer cargos vacantes no ofertados en el concurso de méritos es una posibilidad con la que cuenta la Contraloría, pero no una obligación a cargo de esta. Para reforzar este punto transcribió algunos apartes de la sentencia T-071 de 1991 y de la SU-446 de 2011.

Añadió que la norma que se dice incumplida no contempla un período perentorio en el cual se tenga que realizar el estudio

⁵ Folio 79.

técnico, lo que significa que tal disposición no es actualmente exigible. A su juicio, el término dado por el juez de primera instancia para elaborar el estudio técnico desconoce que el artículo 2 no contempla un lapso exacto para la elaboración del estudio.

8.2 Manifestó que tampoco era cierta la frase del Tribunal, según la cual *“cuestión diferente es que dentro del componente de dicho estudio se deba tener en cuenta entre otros aspectos la disponibilidad presupuestal necesaria para proveer los cargos”* ya que en la actualidad la Contraloría cuenta con el estudio técnico, pero su formalización o gestión total no ha sido posible por falta de presupuesto. En este sentido explicó que la entidad está haciendo todo lo posible para la consolidación del referido documento e insistió en que para su formalización carece de presupuesto

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Esta Sección es competente para resolver la impugnación contra la providencia del Tribunal Administrativo Cundinamarca -Sección Primera- Subsección “A”, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 125, 150 y 243 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -CPACA⁶, y el Acuerdo 015 de 22 de febrero de 2011 de la Sala Plena del Consejo de Estado que establece la competencia de la Sección Quinta de esta 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. Generalidades de la acción de cumplimiento⁷

⁶ Artículo 150. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia. (...)

⁷ Al respecto pueden consultarse, entre otras, las siguientes providencias dictadas por esta Sección: sentencia de 15 de diciembre de 2016, Expediente: 25000-23-41-000-2016-00814-01; 26 de mayo de 2016, Expediente: 52001-23-33-000-2016-00136-01, con ponencia de Alberto Yepes Barreiro. Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 2 de febrero de 2017, radicación 11001-33-42-048-2016-00636-01 CP. Lucy Jeannette Bermudez (E).

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"*. 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"*.

Teniendo en cuenta que Colombia es un Estado Social de Derecho y que dentro de sus fines esenciales está el de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; y que las autoridades de la República están instituidas, entre otras cosas, 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 públicas.

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

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"*⁸.

Sin embargo, para que la acción de cumplimiento prospere, del contenido de la Ley 393 de 1997, se desprende que se deben cumplir los siguientes requisitos mínimos:

⁸ Corte Constitucional, sentencia C-157 de 1998. Magistrados Ponentes Drs. Antonio Barrera Carbonell y Hernando Herrera Vergara.

i) 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)⁹.

ii) 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 (Arts. 5º y 6º).

iii) Que el actor pruebe la renuencia de la entidad accionada frente al cumplimiento del deber, antes de instaurar 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. 8º). El artículo 8 señala que, excepcionalmente, se puede 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.

iv) Que el afectado no tenga o haya podido ejercer otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento del deber jurídico o administrativo, salvo el caso que, de no proceder el juez, se produzca un perjuicio grave e inminente para quien ejerció la acción, circunstancia esta que hace improcedente la acción. También son causales de improcedibilidad pretender la protección de derechos que puedan ser garantizados a través de la acción de tutela o el cumplimiento de normas que establezcan gastos a la administración (Art. 9º).

3. Análisis del caso concreto

Corresponde a la Sala determinar si confirma, revoca o modifica la sentencia de primera instancia que: i) ordenó el cumplimiento del artículo 2º de la Resolución Nº 69 de 2008 y ii) negó las demás pretensiones de la demanda. Para el efecto, analizará los presupuestos para la prosperidad de la acción de cumplimiento.

3.1. De la renuencia¹⁰

⁹ Esto excluye el cumplimiento de las normas de la Constitución Política, que por lo general consagran principios y directrices.

¹⁰ Lo mismo se reitera en Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 15 de diciembre de 2015, radicación 25000-23-41-000-2016-02003-01 CP. Lucy Jeannette Bermudez; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 17 de noviembre de 2016, radicación 15001-33-33-000-2016-00690-01 CP. Lucy Jeannette Bermudez;

La procedencia de la acción de cumplimiento se supedita a la constitución en renuencia de la autoridad, que consiste en el reclamo previo y por escrito que debe elevarle el interesado exigiendo atender un mandato legal o consagrado en acto administrativo **con citación precisa de éste**¹¹ y que ésta se ratifique en el incumplimiento o no conteste en el plazo de diez días siguientes a la presentación de la solicitud.

Para el cumplimiento de este requisito de procedibilidad la Sala, ha señalado 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 cumplimiento¹² (Subrayas fuera de texto):

Sobre este tema, esta Sección¹³ ha dicho que:

“Para entender a cabalidad este requisito de procedencia de la acción es importante tener en cuenta dos supuestos: La reclamación del cumplimiento y la renuencia.

*El primero, se refiere a la solicitud dirigida a la autoridad o al particular que incumple la norma, la cual constituye la base de la renuencia, que **si bien no está sometida a formalidades especiales, se ha considerado que debe al menos contener: La petición de cumplimiento de una norma con fuerza material de ley o de un acto administrativo; el señalamiento preciso de la disposición que consagra una obligación y la explicación del sustento en el que se***

Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 15 de septiembre de 2016, radicación 15001-23-33-000-2016-00249-01 CP. Lucy Jeannette Bermudez.

Sobre el particular esta Sección ha dicho: “La Sala también ha explicado que con el fin de constituir en renuencia a una entidad pública o a un particular que actúe o deba actuar en ejercicio de funciones públicas, es necesario haber reclamado de éste el cumplimiento del deber legal o administrativo, para lo cual se deberá precisar la norma o normas en que se consagró su deber inobjetable y, por ende, exigible, pues lo contrario conduce a la improcedencia de la acción por carecer del requisito de renuencia. Como el accionante reclamó de la Superintendencia de Puertos y Transporte el cumplimiento de los artículos 41 del Decreto 101 de 2001; 14 del Decreto 1016 de 2001 y 3, 4 y 10 del Decreto 2741 de 2001, los cuales constan, en su orden, de 4, 14, 4, 6 y 9 numerales, sin indicar con claridad en cuál de ellos se consagra el deber legal que pedía cumplir, en criterio de la Sala, atendiendo la ley y la jurisprudencia que sobre la materia se ha fijado, estima que no se cumplió con el requisito de procedibilidad de la acción, por lo que así se debió declarar por el Tribunal a quo”¹¹. (Negrita fuera de texto)

¹²Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, providencia del 20 de octubre de 2011, Exp. 2011-01063, C.P. Dr. Mauricio Torres Cuervo.

¹³ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia del 9 de junio de 2011, expediente 47001-23-31-000-2011-00024-01. Consejera Ponente: Doctora Susana Buitrago.

funda el incumplimiento.

Por su parte, la renuencia al cumplimiento puede configurarse en forma tácita o expresa, puesto que se presenta cuando el destinatario del deber omitido expresamente ratifica el incumplimiento o si transcurridos 10 días desde la presentación de la solicitud, la entidad o el particular guardan silencio con relación a la aplicación de la norma. Esto muestra que el requisito de procedencia de la acción prueba la resistencia del destinatario de la norma a cumplir con ella.

Así las cosas, para probar la constitución de la renuencia expresa es necesario analizar tanto la reclamación del cumplimiento como la respuesta del destinatario del deber omitido, puesto que la primera delimita el marco del incumplimiento reclamado. Y, para demostrar la renuencia tácita es necesario estudiar el contenido de la petición de cumplimiento que previamente debió formular el demandante, pues, como se dijo, aquella define el objeto jurídico sobre el cual versará el procedimiento judicial para exigir el cumplimiento de normas con fuerza material de ley o actos administrativos¹⁴ (Negrillas fuera de texto).

En efecto, el inciso segundo del artículo 8º de la Ley 393 de 1998 establece lo siguiente:

“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”.

Por otra parte, para dar por satisfecho este requisito no es necesario que el solicitante, en su petición, haga mención explícita y expresa que su objetivo es constituir en renuencia a la autoridad, pues el artículo 8º de la Ley 393 de 1997 no lo prevé así; por ello, basta con advertir del contenido de la petición que lo pretendido es el cumplimiento de un deber legal o administrativo y, que de este pueda inferirse el propósito de agotar el requisito en mención. Por lo tanto, la Sección debe estudiar si el actor acreditó que constituyó en renuencia a la autoridad demandada antes de presentar la acción.

En el caso objeto de estudio, la Sala observa que mediante escrito radicado electrónicamente en el portal Web de la Contraloría General e identificado con el número

¹⁴ Sobre el tema, Consejo de Estado, Sección Quinta, providencia del 24 de junio de 2004, exp. ACU-2003-00724, MP.: Darío Quiñones Pinilla.

2016ER0102347, el demandante solicitó a dicho órgano de control el cumplimiento de las normas invocadas en la demanda. En efecto, en escrito visible a folio 15 y siguientes del expediente se observa:

“Asunto: Requerimiento cumplimiento. Estudio Técnico, unificación de listas y nombramiento de las vacantes determinadas en el estudio técnico.

(...)

Por medio de la presente requiero respetuosamente.

Primero: *cumplir con el artículo 2º de la Resolución Reglamentaria 69 de 2008 (...) y proceder a entregar (sic) pues ya se contó con tiempo más que suficiente, el resultado del estudio técnico indicado en la norma para efectos de proveer las vacantes a que haya lugar antes de la terminación de la vigente de la lista de elegibles actual.*

Segundo: *Con base en el estudio que ya debe estar efectuado cumplir con el artículo 13 y 26 del Decreto Ley 268 de 2000, así como con el artículo 3 de la Resolución Reglamentaria 69 de 2008, proceder a unificar las listas de elegibles y nombrar a los elegibles en las vacantes determinadas en el estudio respectivo antes de la pérdida de vigencia de las listas.*

Tercero: *Con base en el estudio que ya debe estar efectuado cumplir con el artículo 4 de la Resolución Reglamentaria 69 de 2008, proceder a unificar las listas de elegibles y nombrar a los elegibles en las vacantes determinadas en el estudio respectivo antes de la pérdida de vigencia de las listas de elegibles.*

Cuarto: *Con base en el estudio que ya debe estar efectuado cumplir con el artículo 7 de la Resolución Reglamentaria 69 de 2008, proceder a unificar las listas de elegibles y nombrar a los elegibles en las vacantes determinadas en el estudio respectivo antes de la pérdida de vigencia de las listas de elegibles.*

Quinto: *Con base en el estudio que ya debe estar efectuado cumplir con el artículo 8 de la Resolución Reglamentaria 69 de 2008 , proceder a unificar las listas de elegibles y nombrar a los elegibles en las vacantes determinadas en el estudio respectivo antes de la pérdida de vigencia de las listas de elegibles.”*

Como puede observarse el actor solicitó a la autoridad demandada el cumplimiento de las mismas normas a las que alude en su escrito inicial, luego el argumento de la Contraloría

según el cual no puede entenderse agotado el requisito de procedibilidad, porque lo pedido a la administración y lo solicitado en la demanda no tienen identidad esta llamado al fracaso, pues con la simple lectura de ambos escritos se arriba a la conclusión contraria.

Teniendo en cuenta lo expuesto, es evidente para la Sección que el accionante cumplió con el requisito de solicitar la materialización de las disposiciones que consideran incumplidas, previo a acudir al juez. Por último, resulta relevante precisar que la renuencia debe entenderse como la negativa del ente accionado frente a la solicitud de cumplimiento de la disposición, bien porque no dé respuesta oportunamente, o porque, aunque sea emitida en tiempo, resulte contraria al querer del ciudadano.

Este aspecto también se encuentra acreditado en el caso sometido a consideración de la Sección, toda vez que a folios 11 y a 13 obra copia del oficio 81119-2016EEO134485 mediante el cual la Contraloría General de la República dio respuesta a la solicitud elevada y explicó que el estudio técnico no se ha podido llevar a cabo, porque no existe disponibilidad presupuestal para financiación de los cargos vacantes surgidos después de la apertura del concurso.

Bajo este panorama, esta Sala de Decisión considera que el requisito de procedibilidad que establece el artículo 8° de la Ley 393 de 1997 se acreditó y, por consiguiente, es procedente realizar el estudio de la acción de cumplimiento.

3.2 Lo que se pide cumplir

La parte actora pretende la aplicación de los artículos 2º, 3º, 4º, 7º, 8º de la Resolución N° 69 de 2008 y los artículos 13¹⁵ y 26¹⁶

¹⁵ **ARTICULO 13. PROVISION DE CARGOS DE CARRERA VACANTES EN FORMA DEFINITIVA.** *En caso de vacancia definitiva, si existiere lista de elegibles vigente, se procederá al nombramiento en período de prueba. Si no existiere, el empleo podrá proveerse mediante encargo o nombramiento provisional, previa convocatoria a concurso.*

Mientras se surte el proceso de selección los empleados de carrera podrán ser encargados en tales empleos si acreditan los requisitos para su desempeño, en caso de que no sea posible realizar el encargo podrá hacerse nombramiento provisional.

El cargo del cual es titular el empleado encargado, podrá ser provisto en provisionalidad mientras dure el encargo del titular.

del Decreto Ley 268 de 2000. Específicamente, la norma cuyo cumplimiento se ordenó por el tribunal de primera instancia consagra:

“RESOLUCIÓN REGLAMENTARIA 69 DE 2008

Por la cual se adopta el procedimiento para la provisión de vacantes mediante la utilización de las listas de elegibles, se definen criterios para la unificación de las mismas y se modifica parcialmente la Resolución 0043 de 2006.

(...)

ARTÍCULO 2o. ESTUDIO TÉCNICO. Para la utilización y la unificación de las listas de elegibles, la Gerencia del Talento Humano a través de la Dirección de Gestión del Talento Humano hará un estudio técnico en coordinación con las distintas dependencias de la Contraloría General de la República, sobre la necesidad de provisión de cargos vacantes en donde se tendrá en cuenta la disponibilidad presupuestal, los perfiles ocupacionales, los procesos vigentes en la cadena de valor de la Entidad, el nivel jerárquico, el grado y las competencias laborales requeridas para el empleo a proveer.

(...)

En conclusión, las normas que se demandan sí satisfacen el requisito contemplado en el artículo 1º de la Ley 393 de 1997, pues requieren la aplicación de unas disposiciones de un acto administrativo y de un decreto con fuerza material de ley.

Los nombramientos tendrán carácter provisional cuando se trate de proveer transitoriamente empleos de carrera con personal no seleccionado mediante el sistema de mérito.

PARAGRAFO. Salvo las excepciones previstas en este decreto, no podrá prorrogarse el término de duración de los encargos y de los nombramientos provisionales, ni proveerse nuevamente el empleo a través de estos mecanismos.

¹⁶ARTICULO 26. CONFORMACION DE LISTA DE ELEGIBLES. Con base en los resultados del concurso y en estricto orden de mérito, se conformará una lista de elegibles cuya vigencia será de un (1) año, la cual incluirá los aspirantes que hayan aprobado el mismo. La provisión de los empleos objeto de la convocatoria, será efectuada a partir de quien ocupe el primer puesto de la lista y en estricto orden de mérito.

Una vez provistos los empleos objeto del concurso, la Contraloría General deberá utilizar las listas de elegibles en estricto orden descendente, para proveer las vacantes que se presenten en el mismo empleo o en otros iguales, ubicados dentro del mismo nivel. La Contraloría General podrá usar tales listas para proveer las vacantes que se presenten en empleos similares o de inferior jerarquía. En este último caso, la no aceptación del nombramiento no constituye causal para la exclusión de la lista de elegibles.

3.4. De la existencia de otros mecanismos de defensa judicial para obtener el efectivo cumplimiento del deber jurídico o administrativo

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 9° 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 la efectiva materialización de la norma o acto administrativo salvo que, de no proceder el juez, se cause un perjuicio grave e inminente para el accionante. De igual forma, esta Sección en reiterada jurisprudencia¹⁷ ha desarrollado “la existencia de otro mecanismo judicial”, como causal de improcedencia en aquellos casos en los que no se acredite un perjuicio irremediable.

Bajo este panorama, la Sala encuentra que el accionante no cuenta con otro medio judicial efectivo para lograr la aplicación de las normas que considera incumplidas, razón por la que este presupuesto de procedibilidad se encuentra satisfecho.

3.5. Las normas que se solicitaron no implican gasto

En cuanto a este presupuesto de la acción de cumplimiento, la Sala observa que, contrario a lo afirmado por el recurrente, las normas cuya aplicación se solicita no generan gasto.

En efecto, del texto de la norma se desprende que la elaboración de un estudio técnico no conlleva erogación alguna, pues es una labor que debe realizar la Gerencia del Talento Humano a través de la Dirección de Gestión del Talento Humano de la Contraloría General de la República en coordinación con otras dependencias de dicha entidad; cosa distinta es que al momento de elaborar tal documento se deba tener en cuenta la disponibilidad presupuestal de los cargos que se quieran proveer.

En otras palabras, la norma no implica gasto toda vez que, la elaboración del estudio puede surtirse con el personal de la Contraloría General y en él, simplemente, debe estimarse o determinarse la necesidad de provisión de los cargos vacantes,

¹⁷ 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.

teniendo en cuenta, entre otros factores, el de disponibilidad presupuestal.

Así las cosas, es claro que, en caso de confirmarse la sentencia de primera instancia, lo único que tendría que hacer la Contraloría General de la República es, a través de las citadas dependencias, elaborar el estudio técnico sobre la necesidad de provisión de los cargos vacantes, observando al momento de realizarlo, entre otros, la disponibilidad presupuestal de los mismos; luego el argumento expuesto en el recurso en ese sentido no está llamado a prosperar.

3.6. De la existencia de un mandato imperativo e inobjetable

La finalidad de la acción de cumplimiento es que toda persona pueda acudir ante la autoridad judicial competente para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o de un acto administrativo, tal como lo dispone el artículo 87 constitucional. Sin embargo, a través de esta acción no es posible ordenar ejecutar toda clase de disposiciones, sino aquellas que contienen prescripciones que se caracterizan como "*deberes*".

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 mandato "*imperativo e inobjetable*" en los términos de los artículos 5, 7, 15, 21 y 25 de la Ley 393 de 1997. En efecto, 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.

Así las cosas, la Sala establecerá si tal y como concluyó el *a quo* el artículo 2º de la Resolución Nº 69 de 2008 contiene un mandato imperativo, inobjetable y actualmente exigible o si por el contrario, tal y como se sostiene en la apelación, aquella no contempla un deber con las citadas características. Es de anotar que solo se analizará lo relacionado con el artículo 2º de la Resolución Nº 69 de 2008, toda vez que este fue el único punto objeto de apelación, de forma que se entiende que tanto la parte demandante, como la demandada comparten la conclusión a la que arribó el Tribunal respecto a las otras normas que se invocaron como desconocidas.

Lo primero a señalar es que de la simple lectura de la norma cuya aplicación se solicita, se desprende que aquella sí contiene un deber claro en cabeza de la Contraloría General de la República, consistente en hacer un estudio técnico sobre la necesidad de provisión de cargos vacantes en dicho órgano de control para la utilización y unificación de lista de elegibles. En efecto, los términos en los que está redactada la citada disposición imponen colegir que, contrario a lo señalado en el recurso de apelación, la Contraloría tiene el deber de elaborar el estudio técnico que echa de menos el actor.

De hecho, la Contraloría es consciente que tiene a su cargo la elaboración del citado estudio, no de otra forma se explica que tanto en la contestación de la demanda, como en la impugnación se haya puesto de presente, de forma insistente, que la tal entidad ya cuenta con el estudio técnico, solo que aquel no ha podido materializarse por falta de presupuesto.

La entidad recurrente reconoce que sí está sujeta a dicho deber, al punto que aportó varios documentos -Cd visible a folio 56 del expediente- tendientes a demostrar que la Dirección de Gestión de Talento Humano ha solicitado información a las otras dependencias de la Contraloría con objetivo de "*complementar el estudio técnico*" al que alude la disposición objeto de análisis. Al efecto es ilustrativo, transcribir un aparte de estos escritos. Veamos:

"Asunto: Solicitud Perfiles profesionales vacantes definitivas de Carrera Administrativa generadas con posterioridad al concurso de méritos 2015- 2a. Fase Estudio Técnico Vacantes definitivas generadas entres el 1° de Abril y 31 de julio de 2016.

Respetado (a) doctor (a):

De conformidad con lo establecido en el artículo segundo de la Resolución Reglamentaria 069 de 2008, con el propósito de complementar el estudio técnico ya realizado con corte a 31 de marzo de 2016, de necesidades para la provisión de cargos de carrera administrativa que se encuentran en vacancia definitiva generadas del periodo comprendido del 1° de abril al 31 de julio de 2016, de manera atenta solicito su colaboración con el análisis e indicación de los perfiles profesionales que se requieran en la dependencia a su cargo para cubrir las siguientes vacantes (...)"¹⁸

¹⁸ Archivo N° 1 del CD visible a folio 56 del expediente.

En el mismo sentido y redacción, salvo algunos cambios en las fechas en las que debían presentarse las vacantes, se encuentran los demás documentos dirigidos a varias dependencias de la Contraloría General de la República y obrantes en copia magnética en el folio antes referenciado.

Bajo este panorama, es claro que la misma Contraloría, en las comunicaciones enviadas a sus distintas dependencias, reconoce que debe realizar el estudio técnico de que trata el artículo 2º de la Resolución N° 69 de 2008, lo que implica que incluso para la parte recurrente la obligación es diáfana.

No obstante, no escapa a la Sala que la entidad demandada cuestiona que dicho deber sea exigible, toda vez que el artículo 2º no consagra un lapso determinado para que la Gerencia de Talento Humano elabore el citado estudio a efectos de utilizar o unificar las listas de elegibles¹⁹.

Revisada la norma en cita, la Sección observa que en efecto aquella carece exigibilidad, pues no contempla un determinado periodo de tiempo en el que aquel sea exigible, pues simplemente se limita a señalar que la citada dependencia debe elaborar el estudio, pero no estipula si esa obligación es exigible: i) antes de la expedición de la lista de elegibles; ii) después de la expedición de aquella a efectos de su unificación o iii) en ambos eventos.

Esta indeterminación impide responder un cuestionamiento fundamental tratándose de la acción de cumplimiento, esto es ¿desde cuándo la Contraloría se encuentra en "mora" de elaborar el estudio técnico? La respuesta a este interrogante es incierta, comoquiera que la disposición objeto de análisis no dispone un lapso específico para que la entidad demandada proceda a realizar el estudio técnico, razón por la que, en principio, la obligación dispuesta en el artículo 2º de la Resolución N° 69 de 2008 podrá ser satisfecha cuando la entidad lo estime pertinente.

En otras palabras, la norma no contiene un mandato exigible, lo que significa que dicha disposición no puede ser objeto de la acción de cumplimiento, pues no se tiene certeza respecto al

¹⁹ En los artículos 3º y 4º de la Resolución N° 69 de 2008 se encuentran los eventos en los cuales se puede utilizar una lista, y aquellos en los cuales es viable unificarla.

momento en el que nace para la Contraloría General de la República la obligación de elaborar un estudio técnico a efectos de utilizar y/o unificar las listas de elegibles producto de un concurso de méritos.

Ahora bien, no escapa a la Sala que en la demanda se señaló que dicho deber debía satisfacerse en vigencia de la lista de elegibles, pues su propósito era que aquellas pudieran ser utilizadas para la provisión de los cargos vacantes que no fueron ofertados en el concurso de méritos. Sin embargo, en el texto normativo analizado no existe ningún elemento del cual se pueda derivar que ese es su fin único, de forma que imponga a la Sección concluir que el deber es exigible en ese lapso.

Esto se ve reforzado, si se tiene en cuenta que los artículos 3²⁰ y 4²¹ de la Resolución N° 69 de 2008 contemplan los órdenes de

²⁰ **ARTÍCULO 3o. PROCEDIMIENTO PARA LA UTILIZACIÓN Y LA UNIFICACIÓN DE LAS LISTAS DE ELEGIBLES EN EL NIVEL DESCONCENTRADO.** Una vez expedidas las listas de elegibles en el nivel desconcentrado, se procederá a utilizarlas en el siguiente orden de prelación: **1.** Proveer el empleo objeto del concurso, en estricto orden de mérito con la lista de elegibles del mismo proceso, perfil ocupacional, nivel jerárquico, grado y sede de trabajo. **2.** Si existen vacantes iguales al empleo objeto del concurso, se proveerán en estricto orden de mérito con la lista de elegibles, del mismo proceso, perfil ocupacional, nivel jerárquico, grado y sede de trabajo, de conformidad con la convocatoria. **3.** Agotados los procedimientos anteriores y si por necesidades del servicio se requiere proveer un empleo con una determinada disciplina académica, se unificarán todas las listas de elegibles de otros procesos de la misma sede de trabajo donde se convocaron cargos, con el mismo nivel jerárquico, disciplina académica y grado requerido. **4.** Agotado el procedimiento anterior y de persistir vacantes de inferior jerarquía, se podrán utilizar las listas de elegibles de los cargos del grado inmediatamente superior al empleo vacante, del mismo proceso, perfil profesional, nivel jerárquico y sede de trabajo. **5.** Agotados los procedimientos anteriores y si por necesidades del servicio se requiere proveer un empleo con una determinada disciplina académica, se unificarán las listas de elegibles generadas para el nivel desconcentrado donde se convocaron cargos, con el mismo proceso, nivel jerárquico, disciplina académica y grado requeridos.

²¹ **ARTÍCULO 4o. PROCEDIMIENTO PARA LA UTILIZACIÓN Y LA UNIFICACIÓN DE LAS LISTAS DE ELEGIBLES EN EL NIVEL CENTRAL.** Una vez expedidas las listas de elegibles en el Nivel Central, se procederá a utilizarlas en el siguiente orden de prelación: **1.** Proveer el empleo objeto del concurso, en estricto orden de mérito con la lista de elegibles del mismo proceso, perfil ocupacional, nivel jerárquico y grado vigentes en el Nivel Central. **2.** Si existen vacantes iguales al empleo objeto del concurso, se proveerán en estricto orden de mérito con la lista de elegibles del mismo proceso, perfil ocupacional, nivel jerárquico y grado del Nivel Central, de conformidad con la convocatoria. **3.** Agotados los procedimientos anteriores, y si por necesidades del servicio se requiere proveer un empleo con una determinada disciplina académica, se unificarán las listas de elegibles de los diferentes procesos existentes, con el mismo nivel jerárquico, disciplina académica y grado requeridos. **4.** Agotado el procedimiento anterior, y de persistir vacantes de inferior jerarquía, se podrán utilizar las listas de elegibles de los cargos del grado inmediatamente superior del empleo vacante, del mismo proceso, perfil profesional, nivel jerárquico del Nivel Central.

prelación en los que los citados listados pueden ser utilizados, y en ningún momento se establece que la finalidad del estudio técnico sea, únicamente, la que se señala en la demanda, pues este instrumento solo evidencia la necesidad de proveer los cargos vacantes de la planta de personal de la Contraloría General.

En todo caso, y aun si en gracia de discusión se aceptara que la obligación es exigible en vigencia de la lista de elegibles, lo cierto es que la sentencia de primera instancia también sería revocada, habida cuenta que en el expediente no está acreditada la fecha en la que los listados producto del concurso de méritos del año 2015 fueron proferidos, y por ende, no se encuentra demostrado que aquellos se encuentren aún vigentes²², de forma que la obligación pueda ser exigible a la entidad demandada.

Por las razones que preceden, la Sala revocará la decisión de primera instancia que ordenó el cumplimiento del artículo 2º de la Resolución N° 69 de 2008, y en su lugar, negará las pretensiones respecto a dicha norma, toda vez que la obligación ahí consagrada no es exigible.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta,

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR el numeral primero de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A del 27 de enero de 2017 que ordenó dar cumplimiento al artículo 2º de la Resolución N° 69 de 2008, y en su lugar, **NEGAR** las pretensiones de la demanda respecto a dicha disposición por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DEVOLVER al tribunal de origen para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

²² Según el artículo 26 del Decreto Ley 268 de 2000 la lista de elegibles tiene una vigencia de un año.

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Presidente

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera