



Demandante: Lizette Carolina Perea Pineda
Demandados: Comisión Nacional del Servicio Civil
Radicación: 68001-23-33-000-2022-00621-01

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Magistrado ponente: LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA

Bogotá D.C., diecinueve (19) de enero de dos mil veintitrés (2023)

Radicación: 68001-23-33-000-2022-00621-01
Demandante: LIZETTE CAROLINA PEREA PINEDA
Demandados: COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC-

Tema: **Acción de cumplimiento** – confirma improcedencia

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sección Quinta resuelve la impugnación interpuesta por la demandante contra la sentencia de 29 de noviembre de 2022 del Tribunal Administrativo de Santander que declaró improcedente la solicitud de cumplimiento.

I. ANTECEDENTES

1. La solicitud

En ejercicio de la acción prevista en la Ley 393 de 1997, la señora Lizette Carolina Perea Pineda demandó a la Comisión Nacional del Servicio Civil, en adelante, la CNSC, con la finalidad de obtener el acatamiento de los artículos 28, [numeral 3.º], 29 del Decreto Ley 071 de 2020¹ y 28 del Acuerdo 285 de 2020, expedido por la citada entidad².

2. Hechos

La CNSC adelantó el proceso de selección núm. 1461 de 2020, para proveer empleos en vacancia definitiva pertenecientes al sistema específico de carrera administrativa de la planta de personal de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN.

En el mencionado concurso, la demandante participó como aspirante al cargo de Inspector II, código 306, grado 06 [OPEC 127231]. Informó que el resultado total acumulado que obtuvo en las fases I y II fue el de 74.07. A su juicio, tiene derecho a integrar la lista de elegibles y a ser nombrada, por cuanto, superó el 70%, establecido en el artículo 28 [numeral 3.º] del Decreto Ley 071 de 2020. Sin

¹ “Por el cual se establece y regula el Sistema Específico de Carrera de los empleados públicos de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, y se expiden normas relacionadas con la administración y gestión del talento humano de la DIAN”.

² “Por el cual se convoca y se establecen las reglas del Proceso de Selección de Ingreso para proveer empleos en vacancia definitiva pertenecientes al Sistema Específico de Carrera Administrativa de la planta de personal de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN, Proceso de Selección DIAN No. 1461 de 2020”.



Demandante: Lizette Carolina Perea Pineda
Demandados: Comisión Nacional del Servicio Civil
Radicación: 68001-23-33-000-2022-00621-01

embargo, no resultó así, porque en la fase II, consistente en el curso de formación, la CNSC le dio el carácter de eliminatoria y, al no haber obtenido el puntaje mínimo de 70, conllevó a su exclusión del proceso de selección. Que de las 10 vacantes ofertadas quedarán 6³. Y que la lista de elegibles⁴ se encuentre integrada por participantes que obtuvieron puntajes acumulados inferiores al que ella obtuvo.

El 4 de octubre de 2022, la actora solicitó a la CNSC el cumplimiento de los artículos 28, [numeral 3.º], 29 del Decreto Ley 071 de 2020 y 28 del Acuerdo 285 de 2020, con el fin de constituir en renuencia a la entidad, como requisito de procedibilidad. En el referido escrito, que se sustenta con similares argumentos a los expuestos en la demanda, señaló que las referidas normas son imperativas e inobjetables en cuanto a que “[...] quien obtenga un puntaje total aprobatorio, que en ningún caso sea inferior al 70%, tendrá derecho a integrar la lista de elegibles y ser nombrado en la vacante convocada” y que “[...] el carácter eliminatorio de la prueba solamente se otorgó a la fase I, precisando que la fase II se cumplirá con la realización de un curso de formación de mínimo 120 horas”.

De acuerdo con lo anterior, la peticionaria adujo que, contrario a lo dispuesto en el Decreto Ley 071 de 2020, por medio del Acuerdo 285 de 2020, la CNSC determinó en la tabla 2 del artículo 17 que la fase II también era eliminatoria. Sin embargo, en criterio de la actora, el citado proceso de selección debió regirse por lo dispuesto en las reglas previstas en las disposiciones de mayor jerarquía, esto es, el Decreto Ley 071 de 2020, que solo otorgó dicho carácter a la fase I y, por ende, de acuerdo con el puntaje total que obtuvo, debe conformar la lista de elegibles y ser nombrada en el cargo al que aspiró.

La CNSC negó la solicitud de la señora Perea Pineda, mediante Oficio 2022RS116361 de 26 de octubre de 2022, bajo el argumento de que la fase II del concurso es eliminatoria, según el artículo 17 del Acuerdo 285 de 2020.

3. Pretensiones

En la demanda se formularon las siguientes:

“[...] Con fundamento en los hechos y razones de derecho expuestos en este escrito de demanda, de manera respetuosa me permito solicitar se ordene a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC:

³ Al respecto, con la demanda se aportó copia de la Resolución núm. 4683 de 10 de mayo de 2022 “POR LA CUAL SE DECLARAN DESIERTA ALGUNAS VACANTES DEL PROCESO DE SELECCIÓN DIAN NO. 1461 DE 2020”.

⁴ Asimismo, la actora allegó copia de la Resolución núm. 78 de 12 de enero de 2022 “Por la cual se conforma y adopta la Lista de Elegibles para proveer diez (10) vacante(s) definitiva(s) del empleo denominado INSPECTOR II, Código 306, Grado 6, identificado con el Código OPEC No. 127231, del Nivel Profesional de los Procesos Misionales del Sistema Específico de Carrera Administrativa de la planta de personal de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN, Proceso de Selección DIAN No. 1461 de 2020”.



Demandante: Lizette Carolina Perea Pineda
Demandados: Comisión Nacional del Servicio Civil
Radicación: 68001-23-33-000-2022-00621-01

1. Dé cumplimiento a lo dispuesto en el numeral 28.3 del artículo 28 del Decreto Ley 071 del 24 de enero del 2020, y en ese sentido incluya en la lista de elegibles de la OPEC 127231 y nombre a Lizette Carolina Perea Pineda [...] en el cargo de Inspector II código 306 grado 06, al haber obtenido un puntaje total aprobatorio superior al setenta por ciento (70%) del máximo posible en el proceso de selección DIAN 1461 de 2020.
2. Dé cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 29 del Decreto Ley 071 del 24 de enero del 2020 y en consecuencia solamente le otorgue carácter eliminatorio a la fase I del concurso.
3. Dé cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 28 del Acuerdo 285 de 2020 y en consecuencia proceda a modificar la lista de elegibles de la OPEC 127231, adicionándola con el nombre de Lizette Carolina Perea Pineda [...].”

4. Trámite de la solicitud en primera instancia

En auto de 31 de octubre de 2022, la magistrada ponente del presente asunto del Tribunal Administrativo de Santander admitió la demanda de cumplimiento, decretó las pruebas solicitadas y dispuso la vinculación de la CNSC como autoridad accionada.

5. Informe

Por medio de apoderado judicial, la CNSC se opuso a la prosperidad de las pretensiones, argumentó que la acción resulta improcedente por subsidiariedad ante la existencia de otros medios de defensa judicial ordinarios, con los que la actora cuenta para resolver la cuestión jurídica que planteó en su demanda. Además, precisó que el objeto de este mecanismo no es reconocer derechos subjetivos, que puedan asistirle a quien promueve la solicitud, sino el de hacer cumplir el ordenamiento jurídico existente, respecto de mandatos que deben ser claros y precisos, que no lleven a solucionar debates o discusiones interpretativas para su materialización, ni desvirtuar la presunción de legalidad de las decisiones de la administración.

La entidad explicó que profirió el Acuerdo 285 de 2020, mediante el cual convocó y estableció las reglas del proceso de selección en el que participó la actora y que lo rige hasta la expedición de las listas de elegibles. Precisó que el citado acto no contradice el Decreto Ley 071 de 2020 y tampoco regula las actuaciones relativas al nombramiento y toma de posesión de los cargos de la planta de personal de la DIAN, como lo pretende la demandante.

Asimismo, la CNSC indicó que, si bien la accionante superó el mínimo requerido de 70 puntos en la fase I, lo cierto es que en la fase II, la aspirante obtuvo un puntaje de 65,83 puntos, por lo que resultó eliminada dentro de esa etapa, toda vez, que el puntaje mínimo requerido correspondía a 70 puntos, como lo dispone el artículo 17 del Acuerdo 285 de 2020 y el Decreto Ley 071 de 2021.



Demandante: Lizette Carolina Perea Pineda
Demandados: Comisión Nacional del Servicio Civil
Radicación: 68001-23-33-000-2022-00621-01

En suma, la demandada aludió que las discrepancias y pretensiones que formuló la actora deben ser resueltas a través de otros medios ordinarios de defensa judicial, como la acción de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho. En todo caso, sostuvo que, como el curso de formación es de carácter eliminatorio, la señora Perea Pineda no podía continuar en el concurso al no obtener el puntaje mínimo y precisó que, si bien se calculó el resultado final del proceso de selección, para preservar el principio de transparencia que rige los concursos de mérito, aquel no era el que le permitía conformar la lista de elegibles del empleo al cual se inscribió.

6. Sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Santander, en sentencia de 29 de noviembre de 2022, declaró improcedente la acción de cumplimiento, consideró que las normas que se aducen como incumplidas no contienen mandatos imperativos e inobjetables que deban ser acatados por la entidad accionada y porque la demandante cuenta con los medios de control de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho para ventilar ante la jurisdicción contenciosa administrativa las discrepancias en cuanto a su situación y el procedimiento impartido en el concurso para la provisión de los cargos del personal de carrera de la DIAN en el que participó.

7. impugnación

La accionante impugnó la decisión de primera instancia y solicitó revocarla, insistió que las normas invocadas sí contienen mandatos imperativos e inobjetables que dan lugar a que se acceda a sus pedimentos y que se encuentra plenamente demostrado que tiene derecho a conformar la lista de elegibles de acuerdo con el puntaje obtenido. Explicó que, si bien cuenta con otros mecanismos de defensa judicial, aquellos no son idóneos y eficaces para resolver su situación, dado el tiempo que conlleva una decisión definitiva en el trámite de los procesos ordinarios, a través de los medios de control que el tribunal le indicó que tiene a su alcance.

La demandante, alegó la existencia de un perjuicio irremediable, toda vez que la lista de elegibles está conformada por participantes con puntajes inferiores. Señaló que “[...] *me someto a eventualidades tales como el cargo al que concursé y que tengo derecho a ocupar sea asignado a otra persona en un nuevo concurso y su asignación en encargo a personas diferentes, en perjuicio del mérito*”, para lo cual acudió a lo previsto en el parágrafo del artículo 32 del Decreto Ley 071 de 2020.

Asimismo, argumentó que la acción de cumplimiento es procedente por vía de excepción en materia de concursos de méritos, teniendo en cuenta, la naturaleza de los derechos en disputa “[...] *siendo, prevalente, en este escenario, la protección del mérito como principio fundante del Estado colombiano y del actual*



Demandante: Lizette Carolina Perea Pineda
Demandados: Comisión Nacional del Servicio Civil
Radicación: 68001-23-33-000-2022-00621-01

modelo democrático, como lo señaló expresamente la Corte Constitucional en la sentencia T-059 de 2019”.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Esta Sección es competente para resolver la impugnación contra la sentencia de 29 de noviembre de 2022 del Tribunal Administrativo de Santander, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 3.º de la Ley 393 de 1997 , 125, 150 y 243 del CPACA, así como en el artículo 13, numeral 7.º, del Acuerdo núm. 080 del 12 de marzo de 2019 proferido por 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. Problema jurídico a resolver

Corresponde a la Sala determinar si modifica, confirma o revoca la sentencia de 29 de noviembre de 2022 del Tribunal Administrativo de Santander, para lo cual deberá resolver los siguientes problemas jurídicos:

¿La parte actora cumplió con el requisito de constitución en renuencia frente a la CNSC, respecto de los artículos 28, [numeral 3.º], 29 del Decreto Ley 071 de 2020 y 28 del Acuerdo 285 de 2020, de conformidad con lo previsto en el artículo 8.º de la Ley 393 de 1997?

De ser afirmativa la respuesta. ¿Hay lugar a ordenar a la parte accionada que modifique la lista de elegibles de 12 de enero de 2022, expedida en el proceso de selección DIAN núm. 1461 de 2020, en el sentido de incluir a la accionante en la misma y que otorgue solamente carácter eliminatorio a la fase I del mentado concurso?

3. Razones jurídicas de la decisión

Para resolver los problemas jurídicos planteados, se analizarán los siguientes temas: **(i)** generalidades de la acción de cumplimiento; **(ii)** requisitos de procedibilidad y; **(iii)** análisis del caso concreto.

3.1. Generalidades

La acción de cumplimiento está instituida en el artículo 87 de la Constitución Política, como un mecanismo⁵ para que toda persona pueda “[...] acudir ante la

⁵ Al respecto, pueden consultarse, entre otras, las siguientes providencias: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 10 de noviembre de 2016, radicación n.º 20001-23-33-000-2016-00371-01 (ACU), sentencia de 15 de diciembre de 2016, radicación n.º 25000-23-41-000-2016-



Demandante: Lizette Carolina Perea Pineda
Demandados: Comisión Nacional del Servicio Civil
Radicación: 68001-23-33-000-2022-00621-01

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.º 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, cuyos fines esenciales es 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 otros, para asegurar el obediencia de los deberes sociales del Estado y de los particulares (artículo 2.º de la Constitución Política), el medio de control permite la realización de este postulado para lograr la eficacia material de la ley y de los actos administrativos expedidos por las diferentes autoridades en atención de sus funciones públicas.

De este modo, 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.

La Corte Constitucional señaló "[...] 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 [...]"⁶.

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

- (i) Que el deber que se pide acatar se encuentre consignado en normas aplicables con fuerza material de ley o actos administrativos vigentes [artículo 1.º]⁷.
- (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 [artículos 5.º y 6.º].

00814-01 (ACU), M.P. Alberto Yepes Barreiro, sentencia de 2 de febrero de 2017, radicación n.º 11001-33-42-048-2016-00636-01 (ACU). M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez (E) y sentencia de 23 de junio de 2022, radicación n.º 25000-23-41-000-2022-00203-01 (ACU), M.P. Luis Alberto Álvarez Parra.

⁶ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-157 de 1998. M.P. Antonio Barrera Carbonell y Hernando Herrera Vergara.

⁷ Esto excluye el cumplimiento de las normas de la Constitución Política, que por lo general consagran principios y directrices.



Demandante: Lizette Carolina Perea Pineda
Demandados: Comisión Nacional del Servicio Civil
Radicación: 68001-23-33-000-2022-00621-01

(iii) Que el actor pruebe la renuencia de la entidad accionada frente al obediencia 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. 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 [artículo 8.º].

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

3.2. Normas contra las que procede la acción

Se ha establecido que las fuentes del derecho sobre las cuales recae el medio de control tanto la ley en sentido formal como material, esto último desde la óptica de aquellos decretos con fuerza de ley o con vocación legislativa dictados por el presidente de la República, en desarrollo de las facultades conferidas por los artículos 150-10, 212, 213, 215 y 341 de la Constitución Política⁸.

Sin dejar a un lado, la procedencia contra los actos administrativos de contenido general o particular, bajo el entendido que éstos reflejan la voluntad unilateral de la administración de producir efectos jurídicos, se precisa que no es dable este mecanismo constitucional para pretender la observancia de normas constitucionales “[...] *pues el propio Constituyente la diseñó para exigir la efectividad de normas de inferior jerarquía. De hecho, a esta misma conclusión llegó la Corte Constitucional en sentencia C-193 de 1998, al concluir que no procede ésta (sic) acción constitucional para exigir el cumplimiento de normas supremas [...]*”⁹.

Ahora bien, frente al requisito de la renuencia, resulta pertinente manifestar que el mismo se constituye en una exigencia de procedibilidad y, para ello, es necesario que el demandante previo a acudir a la jurisdicción, haga una solicitud expresa de cumplimiento del deber omitido a la autoridad pública o al particular que ejerce funciones públicas sobre la ley o el acto administrativo objeto de requerimiento, lo

⁸ Cfr. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, M.P. Flavio Augusto Rodríguez Arce, providencia de 21 de enero de 1999, radicado n.º ACU-546.

⁹ Cfr. Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 3 de junio de 2004, radicación n.º 44001-23-31-000-2004-0047-01(ACU), M.P. Darío Quiñones Pinilla.



Demandante: Lizette Carolina Perea Pineda
Demandados: Comisión Nacional del Servicio Civil
Radicación: 68001-23-33-000-2022-00621-01

cual puede realizarse a través del derecho de petición pero enfocado al fin reseñado¹⁰.

Por su parte, la subsidiariedad implica la improcedencia, si se cuenta con otros mecanismos de defensa jurídica para lograr el efectivo acatamiento de la ley o del acto administrativo, salvo que se esté en presencia de una situación gravosa o urgente, que desplace 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. Lo anterior, se explica en:

“[...] garantizar que la resolución de las diferencias jurídicas sea efectuada por el juez natural, bajo el trámite que el ordenamiento jurídico ha establecido 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 [...]”¹¹.

Asimismo, por expresa disposición legislativa la acción no se puede incoar frente a normas que generen gastos,¹² a menos que estén apropiados,¹³ 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 superior¹⁴.

3.3. De la renuencia

El requisito de la constitución en renuencia consiste en el reclamo previo y por escrito que debe presentar el interesado a la autoridad exigiendo atender un mandato legal o previsto en un acto administrativo con citación precisa de este¹⁵ y

¹⁰ Cfr. Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 9 de mayo de 2012, radicación n.º 76001-23-31-000-2011-00891-01 (ACU), M.P. Susana Buitrago Valencia (E).

¹¹ Cfr. Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 1 de noviembre de 2012, radicación n.º 76001-23-31-000-2012-00499-01(ACU), M.P. Alberto Yepes Barreiro.

¹² Cfr. Consejo de Estado, sentencia del 15 de marzo de 2001, expediente, radicación n.º 05001-23-31-000-2000-4673-01(ACU). M.P. Darío Quiñones Pinilla.

¹³ Cfr. Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 14 de mayo de 2015, radicación n.º 25000-23-41-000-2015-00493-01 (ACU), M.P. Alberto Yepes Barreiro.

¹⁴ Sentencia antes citada.

¹⁵ 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 2000; 14 del Decreto 1016 de 2000 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**



Demandante: Lizette Carolina Perea Pineda
Demandados: Comisión Nacional del Servicio Civil
Radicación: 68001-23-33-000-2022-00621-01

que la autoridad se ratifique en el incumplimiento o no conteste en el plazo de diez días siguientes a la presentación de la solicitud.

Sobre 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 cumplimiento [...]*”¹⁶.

Igualmente, esta Sección¹⁷ 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 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 administrativos^[18] [...]” (Negritas fuera de texto).

En efecto, el inciso segundo del artículo 8º de la Ley 393 de 1997 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 [...]”.

procedibilidad de la acción, por lo que así se debió declarar por el Tribunal a quo” (Negrita fuera de texto).

¹⁶ Cfr. Consejo de Estado, Sección Quinta, providencia de 20 de octubre de 2011, radicación n.º 2011-01063 (ACU), M.P. Mauricio Torres Cuervo.

¹⁷ Cfr. Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 9 de junio de 2011, radicación n.º 47001-23-31-000-2011-00024-01 (ACU), M.P. Susana Buitrago Valencia.

¹⁸ [En la providencia se citó “Sobre el tema, Consejo de Estado, Sección Quinta, providencia del 24 de junio de 2004, exp. ACU-2003-00724, MP.: Darío Quiñones Pinilla“].



Demandante: Lizette Carolina Perea Pineda
Demandados: Comisión Nacional del Servicio Civil
Radicación: 68001-23-33-000-2022-00621-01

Por otra parte, para dar por satisfecho este presupuesto 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 8.º 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 obedecimiento de un deber legal o administrativo y que, de este, pueda inferirse el propósito de agotar el requisito en mención.

En esa medida, el Consejo de Estado no ha dado por demostrado el requisito de procedibilidad cuando la petición “[...] *tiene una finalidad distinta a la de constitución en renuencia* [...]”.

Resulta relevante para la Sala 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 ciudadano¹⁹.

Al expediente, la accionante acompañó copia de la solicitud de 4 de octubre de 2022, que presentó a la CNSC, en la que pidió el cumplimiento de los artículos 28, [numeral 3.º], 29 del Decreto Ley 071 de 2020 y 28 del Acuerdo 285 de 2020. A su turno, la autoridad demandada emitió respuesta que no comparte la demandante por cuanto, a su juicio, la fase II del concurso no tiene carácter eliminatorio y no podía ser excluida del concurso de méritos con fundamento en el puntaje total obtenido, tiene derecho a conformar la lista de elegibles y a ser nombrada en el cargo al que aspiró.

Del análisis de la documental que la demandante allegó, para la Sala está agotado el requisito de constitución en renuencia, conforme lo exigido por el artículo 8.º de la Ley 393 de 1997, toda vez que lo argumentado por la demandada es contrario al querer de la ciudadana.

3.4. Normas que se piden cumplir.

La demandante invocó como disposiciones desatendidas los artículos 28, [numeral 3.º], 29 del Decreto Ley 071 de 2020 y 28 del Acuerdo 285 de 2020 que disponen:

“DECRETO <LEY> 71 DE 2020

(enero 24)

[...]

Por el cual se establece y regula el Sistema Específico de Carrera de los empleados públicos de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, y se expiden normas relacionadas con la administración y gestión del talento humano de la DIAN.

¹⁹ Lo mismo se reitera en Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 15 de diciembre de 2015, radicación n.º 25000-23-41-000-2016-02003-01 (ACU); Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 17 de noviembre de 2016, radicación n.º 15001-33-33-000-2016-00690-01 (ACU); Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 15 de septiembre de 2016, radicación n.º 15001-23-33-000-2016-00249-01(ACU), en todas, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez, entre otras.



Demandante: Lizette Carolina Perea Pineda
Demandados: Comisión Nacional del Servicio Civil
Radicación: 68001-23-33-000-2022-00621-01

[...] **ARTÍCULO 28. ETAPAS DEL PROCESO DE SELECCIÓN PARA INGRESO Y ASCENSO.** El proceso de selección para el ingreso o ascenso de los empleos públicos de la DIAN comprende: (i) la convocatoria; (ii) el reclutamiento; (iii) la aplicación y evaluación de las pruebas de selección; (iv) la conformación de la lista de elegibles y (v) la vinculación a la carrera en período de prueba. El contenido y objeto de estas etapas se define a continuación:

[...]

28.3 *Aplicación y evaluación de las pruebas de selección.* Los aspirantes al ingreso o ascenso a los empleos públicos de la DIAN, que fueren admitidos por reunir los requisitos exigidos en la convocatoria, deberán presentar las pruebas o instrumentos de selección correspondientes, las cuales tienen como finalidad apreciar las competencias, aptitudes, habilidades y potencialidades del aspirante. A los aspirantes inscritos se les podrá aplicar primero la prueba o pruebas eliminatorias y luego hacer la verificación de requisitos a quienes la(s) superen. Las pruebas o instrumentos de selección, así como la evaluación y calificación de las mismas, se registrarán por las siguientes reglas:

a) Se diseñarán para identificar y validar las competencias de los aspirantes, de acuerdo con lo requerido en los niveles jerárquicos de los empleos y las calidades laborales requeridas para desempeñar con eficiencia el empleo a cuyo ingreso o ascenso se aspira.

b) <Literal **CONDICIONALMENTE** exequible> Tendrá el derecho a integrar la lista de elegibles y a ser nombrado en la vacante convocada quien obtenga un puntaje total aprobatorio que, en ningún caso, sea inferior al setenta por ciento (70%) del máximo posible en el concurso, y quien haya aprobado los exámenes médicos y de aptitudes psicofísicas. Sin perjuicio de lo anterior, la convocatoria podrá establecer un puntaje total aprobatorio superior.

c) La valoración de estos factores se efectuará a través de medios técnicos, que correspondan a criterios de objetividad e imparcialidad y con observancia del principio constitucional de transparencia en el ejercicio de la función administrativa.

[...]

ARTÍCULO 29. PRUEBAS PARA LA PROVISIÓN DE LOS EMPLEOS DEL NIVEL PROFESIONAL DE LOS PROCESOS MISIONALES DE LA DIAN BAJO LAS MODALIDADES DE INGRESO O ASCENSO. Para la provisión de los empleos bajo las modalidades de ingreso o ascenso, el proceso de selección comprenderá dos (2) fases independientes, a saber:

29.1 <Aparte subrayado **CONDICIONALMENTE** exequible> **Fase I.** La Fase I corresponde a la aplicación de competencias básicas para la DIAN y puede comprender pruebas de integridad, polígrafo y de competencias comportamentales, según el perfil y el nivel del cargo al que se aspira. Esta fase es de carácter eliminatorio y su mínimo aprobatorio se definirá en la convocatoria.

29.2 **Fase II.** A esta fase serán llamados, en estricto orden de puntaje, y en el número que defina la convocatoria pública, los concursantes que alcancen o superen el puntaje mínimo aprobatorio de la Fase I.

<Aparte tachado **INEXEQUIBLE**> Esta fase se cumplirá con la realización de un curso de formación que, ~~a discreción del Director de la DIAN~~, se podrá adelantar a través de:



Demandante: Lizette Carolina Perea Pineda
Demandados: Comisión Nacional del Servicio Civil
Radicación: 68001-23-33-000-2022-00621-01

a) <Aparte subrayado **CONDICIONALMENTE** **exequible**> *La Escuela de Impuestos y Aduanas con programas específicos definidos por la Comisión Nacional del Servicio Civil y con la participación de la DIAN, o*

b) <Literal **CONDICIONALMENTE** **exequible**> *Contratos o convenios interadministrativos, celebrados entre la DIAN y las universidades o instituciones de educación superior acreditadas ante el Ministerio de Educación, cuyo objeto será desarrollar el curso con base en programas específicos definidos por la Comisión Nacional del Servicio Civil y con la participación de la DIAN. En este evento, dichas universidades o instituciones de educación superior deben certificar que cuentan con programas en materia tributaria, aduanera y/o cambiaria, según corresponda, y demostrar que tienen la infraestructura y la capacidad logística para el desarrollo del curso.*

En ambos escenarios, el curso de formación tendrá un número mínimo de ciento veinte (120) horas, que será definido en el acto de convocatoria, sobre conocimientos específicos en asuntos tributarios, aduaneros y/o cambiarios, según corresponda, en relación con las funciones del área funcional y la categoría del empleo, para cuya provisión se hubiere convocado el concurso.

*En virtud del principio de especialidad y sin perjuicio de la planta global y flexible de la Entidad, los programas específicos del curso de formación solamente pueden circunscribirse al asunto tributario, aduanero y/o cambiario, según el proceso misional al cual pertenece el empleo a proveer.
[...].”*

“ACUERDO N° 0285 DE 2020 10-09-2020

[...]

Por el cual se convoca y se establecen las reglas del Proceso de Selección de Ingreso para proveer empleos en vacancia definitiva pertenecientes al Sistema Específico de Carrera Administrativa de la planta de personal de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN, Proceso de Selección DIAN No. 1461 de 2020

[...]

ARTÍCULO 28. MODIFICACIONES DE LISTAS DE ELEGIBLES. *Una vez ejecutoriadas las decisiones que resuelven las exclusiones de Listas de Elegibles de las que trata el artículo 27 del presente Acuerdo, tales listas podrán ser modificadas por la CNSC, de oficio o a petición de parte, al igual que en los casos en que la misma CNSC deba adicionarles una o más personas o reubicar otras, cuando se compruebe que hubo error”.*

De acuerdo con lo anterior, se tiene que se pide el obediencia de normas con fuerza de ley vigentes y, por tanto, el primer requisito para la procedencia de la acción se encuentra satisfecho.

3.5. De las causales de improcedencia de la acción constitucional

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 9.º de la Ley 393 de 1997, este mecanismo constitucional no procederá cuando el afectado tenga o haya tenido otro instrumento de defensa judicial para lograr el efectivo obediencia de la norma o acto administrativo, salvo que, de no proceder el juez, se cause un perjuicio grave e inminente para el accionante.



Demandante: Lizette Carolina Perea Pineda
Demandados: Comisión Nacional del Servicio Civil
Radicación: 68001-23-33-000-2022-00621-01

Igualmente, esta Sección en reiterada jurisprudencia²⁰ ha desarrollado “*la existencia de otro mecanismo judicial*”, como causal de improcedencia, en aquellos casos en los que no se acredite un perjuicio irremediable.

En el caso concreto, la Sala considera que se debe confirmar la decisión de primera instancia, ante la existencia de otros mecanismos de defensa judicial con los que cuenta la parte actora para lograr que se ordene el acatamiento de las disposiciones que invocó en la demanda. En efecto, las pretensiones de la demandante no se limitan a la exigencia de un mandato claro, expreso y exigible, como es el objeto del medio de control de cumplimiento, sino que su análisis requiere que este juez constitucional se pronuncie respecto de los yerros que la parte actora adjudica al Acuerdo 285 de 2020 de la CNSC que, en su artículo 17, determinó que la fase II del concurso de méritos tiene el carácter de eliminatoria y por lo cual, al no superar el puntaje exigido, implicó la exclusión de la actora del proceso, cuyo estudio de legalidad escapa a la competencia del juez en sede de la presente acción.

Es necesario reiterar que el presente mecanismo constitucional no tiene como propósito analizar la legalidad de actos como el que contempla el acuerdo de convocatoria y tampoco de la lista de elegibles que actualmente se encuentra vigente en el proceso en el que participó la actora, ello le compete al juez de lo contencioso administrativo en sede del medio de control que se adecúe a las pretensiones que procure en dicha sede la demandante.

Es lo cierto, que excepcionalmente, puede proceder esta acción ante la existencia de un perjuicio grave e inminente, sin embargo, el mismo debe ser alegado desde la presentación de la demanda de cumplimiento y no en la impugnación, como ocurrió en el presente caso, tal circunstancia, de tenerse en cuenta en esta instancia, implicaría vulnerar el derecho de defensa y contradicción de la contraparte quien no tuvo la oportunidad de oponerse a dicha nueva argumentación y de la expuesta al momento de agotar la renuencia. En todo caso, la Sala no advierte la existencia de un perjuicio irremediable que permita superar esta exigencia de procedibilidad, toda vez que en el desarrollo de un proceso de concurso orientado a la provisión de cargos que se han identificado como vacantes los participantes tienen una mera expectativa, por tanto, lo manifestado por la impugnante no es suficiente para tenerlo por configurado.

Asimismo, no sobra aclarar que, si bien se sostuvo que el fallo recurrido desatiende sentencias dictadas en sede de tutela que, según se indicó sostienen la procedencia de este mecanismo como idóneo y eficaz en materia de concurso de méritos, valga anotar que resultan decisiones que no son aplicables al asunto

²⁰ Cfr. Sentencia de 24 de mayo de 2012, radicado n.º 05001-23-31-000-2010-02067-01(ACU), MP. Alberto Yepes Barreiro, Sentencia de 23 de agosto de 2012, radicado n.º 25000-23-31-000-2012-00425-01(ACU). M.P. Mauricio Torres Cuervo, Sentencia de 21 de junio de 2012, radicado n.º 05001-23-31-000-2006-01095-01(ACU). MP. Mauricio Torres Cuervo.



Demandante: Lizette Carolina Perea Pineda
Demandados: Comisión Nacional del Servicio Civil
Radicación: 68001-23-33-000-2022-00621-01

sometido al análisis de esta Sala, pues claramente tienen objetos diferentes pues, como es conocido, mientras la tutela procura por la defensa y protección de derechos fundamentales el medio de control de cumplimiento persigue el acatamiento de los deberes impuestos en normas con fuerza material de ley y actos administrativos. Es tan disímil el fin de estas acciones que la posibilidad acudir al juez de tutela, genera la improcedencia de la de cumplimiento.

En conclusión, encuentra la Sala que la acción de cumplimiento deviene improcedente porque contrario a procurar por el obediencia del ordenamiento jurídico, la demandante lo que pretende es un pronunciamiento sobre la legalidad del artículo 17 del Acuerdo 285 de 2020 de la CNSC, respecto del carácter eliminador de la fase II del concurso en el que participó y de la lista de elegibles actualmente vigente. En todo caso, también se observa que conforme a las mismas previsiones del artículo 28 del Decreto Ley 071 de 2020, que se pide cumplir, su numeral 4.º indica que “[...] *la lista de elegibles se conformará en estricto orden de mérito de acuerdo con la sumatoria de los puntajes ponderados obtenidos por el aspirante en la Fase I y en la Fase II de que trata el presente decreto-ley, siendo en todo caso la del curso (Fase II) la de mayor peso*”, lo cual corrobora las consideraciones del Tribunal en cuanto a que las disposiciones invocadas no son imperativas e inobjetables como lo considera la solicitante.

Por lo expuesto, la Sala confirmará la sentencia impugnada porque existe una controversia suscitada entre las partes, lo cual escapa al conocimiento de este juez constitucional y no permite abordar el fondo del asunto, como ya quedó suficientemente explicado toda vez que el ordenamiento jurídico prevé otros mecanismos eficaces para tal finalidad y no se alegó y demostró desde la presentación de la demanda de cumplimiento, la existencia de un perjuicio irremediable.

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

III. FALLA:

PRIMERO. Confirmar la sentencia de 29 de noviembre de 2022 del Tribunal Administrativo de Santander.

SEGUNDO. Notificar a las partes del presente asunto en la forma prevista en el artículo 22 de la Ley 393 de 1997.

TERCERO. En firme esta sentencia, **devolver** el expediente al tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA
Presidente



Demandante: Lizette Carolina Perea Pineda
Demandados: Comisión Nacional del Servicio Civil
Radicación: 68001-23-33-000-2022-00621-01

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Magistrada

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Magistrado

PEDRO PABLO VANEGAS GIL
Magistrado

Este documento fue firmado electrónicamente. Usted puede consultar la providencia oficial con el número de radicación en <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081/Login>