

ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO / IMPROCEDENCIA POR INCUMPLIMIENTO DEL REQUISITO DE SUBSIDIARIEDAD / PROCESO EJECUTIVO - Medio idóneo para exigir el cumplimiento del acto administrativo y el pago de la obligación

Advierte la Sala que el actor busca no solamente la eficacia del acto que ordenó el cumplimiento parcial de una decisión judicial sino el pago de unas obligaciones que, a su juicio, están pendientes por no haberse incluido unos factores salariales previstos en las leyes 33 y 62 de 1985 y las diferencias generadas por este concepto. (...) comparte la Sala la posición asumida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca según el cual, para efectos del cumplimiento del citado acto administrativo y el pago de la obligación, el actor tiene a su alcance otro mecanismo de defensa judicial. Con base en el acto administrativo que le reconoció la liquidación de las diferencias salariales, como parte de la pensión, puede acudir al proceso ejecutivo para tratar de hacer efectiva la obligación que está a cargo de la administración. (...) no puede tenerse como superado el requisito de subsidiariedad contemplado en el artículo noveno de la Ley 393 de 1997, lo cual hace improcedente la acción de cumplimiento. Por consiguiente, (...) la sentencia del a quo será modificada para declarar improcedente la acción.

FUENTE FORMAL: LEY 393 DE 1997 / LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 150 / LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 152

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D.C., cuatro (4) de abril de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 76001-23-33-000-2018-00920-01(ACU)

Actor: JUAN RAFAEL CARMONA RENTERÍA

Demandado: MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL Y OTRO

Procede la Sala a resolver la impugnación interpuesta por el apoderado del actor contra la sentencia de septiembre 19 de 2018, mediante la cual el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca rechazó por improcedente la acción.

I. ANTECEDENTES

1. La solicitud

Por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio de la acción desarrollada por la Ley 393 de 1997, el señor Juan Rafael Carmona Rentería presentó demanda contra el Ministerio de Salud y Protección Social y la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) en la que formuló la siguiente pretensión:

“[...] que la UGPP y el Ministerio de Salud cumplan con lo dispuesto en la Resolución UGM 041 184 del 2 de abril de 2012, "donde Cajanal manifiesta dar cumplimiento a lo ordenado en la sentencia No. 054 del 19 de junio de 2007 del Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Buga — Valle”, es decir, declaran incluir todos los factores salariales de las Leyes 33 y 62 de 1985. Pero al momento de hacer la liquidación no se incluyó ningún factor salarial de los indicados en las normas antes citadas; y lo único que dio cumplimiento Cajanal fue elevar la pensión del demandante al 75% por ciento y sobre los demás factores salariales y condenas impuestas en la sentencia Administrativa, Cajanal nunca se pronunció ni pago (sic) un solo Peso al señor Carmona”.

2. Hechos

En resumen, el fundamento fáctico de la demanda es el siguiente:

El actor reveló que mediante sentencia de julio 19 de 2007, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Buga declaró la nulidad de las resoluciones 16802 y 32484 de 2002 y 3717 de 2003 a través de las cuales CAJANAL le reconoció el derecho pensional, ordenó la reliquidación de la mesada en un 75 por ciento del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios y dispuso que se tuvieran en cuenta los factores salariales no incluidos, según la Ley 33 de 1985.

Agregó que, ante el incumplimiento de la entidad, fue tramitado el proceso ejecutivo correspondiente ante el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Tuluá, el cual liquido los factores salariales indicados en la sentencia y mediante auto de abril trece de 2009, libró mandamiento de pago contra la Caja de Previsión Social.

Aseguró que, mediante providencia de julio 1º de 2009, el despacho judicial declaró en firme el mandamiento de pago por la suma de \$267.479.970.69, ordenó seguir adelante la ejecución y condenó en costas a la parte demandada, incluyendo agencias en derecho por la suma de \$40.200.000.

Añadió que, por conducto de apoderada, presentó la liquidación del crédito por la suma de \$316.080.451,21 por concepto salarial que había dejado de pagar CAJANAL al actor, cuya mesada pensional para la época, según indicó, era de \$6.190.081,09.

Sostuvo que, luego del trámite correspondiente, la liquidación aprobada por el Juzgado Laboral del Circuito de Tuluá quedó en la suma de \$356.280.457.21, por lo cual mediante oficio de septiembre 17 de 2009, dirigido al liquidador de CAJANAL, lo remitió con los respectivos documentos para que hiciera parte del pasivo y después lo envió a la UGPP, pues consideró que debía pagar las diferencias de salario reclamadas, los intereses moratorios y la indexación correspondiente.

Explicó que CAJANAL dio cumplimiento parcial a la sentencia por Resolución 000088 de enero siete de 2009 en cuanto a la reliquidación de la pensión y el ajuste al 75%, pero no incluyó pronunciamiento sobre los factores salariales de las leyes 33 y 62 de 1985 ni las diferencias dejadas de pagar por al actor.

Manifestó que, ante el desacuerdo, solicitó la revisión y modificación de dicho acto administrativo y, en consecuencia, fue expedida la Resolución UGM 041184 de 2012, que modificó los artículos segundo y séptimo, ordenó efectuar por el área de

nómina las operaciones aritméticas a que hubiere lugar y liquidar las diferencias que resulten entre las resoluciones 16802 de 2002 y 000088 de 2009.

Advirtió que, dicho acto administrativo no fue cumplido por el área de nómina y a pesar de las múltiples reclamaciones, peticiones e incluso tutelas presentadas no ha tenido resultados positivos, ni el pago de lo ordenado en la resolución.

3. Razones del posible incumplimiento

Según el actor, la Resolución UGM 041184 de 2012 está siendo incumplida porque las autoridades demandadas no resolvieron los aspectos relacionados con los factores salariales previstos en las leyes 33 y 62 de 1985, las diferencias salariales y el pago de las obligaciones pendientes por tales conceptos.

4. Trámite de la solicitud en primera instancia

Inicialmente, la demanda correspondió por reparto al Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Buga que, luego de la corrección hecha por el apoderado del actor, dispuso la admisión mediante auto de junio 28 de 2018 (f. 71 cdno 1).

Luego, a través de providencia de julio 31 del mismo año el citado despacho judicial declaró su incompetencia funcional para el conocimiento de la acción, por lo cual ordenó la remisión al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca (f. 150 cdno 1).

Mediante providencia de septiembre siete de 2018, el magistrado de la citada corporación a quien correspondió por reparto, avocó el conocimiento y ordenó la continuación del trámite del proceso (f. 172 cdno 1).

5. Contestación de la demanda

La demanda fue contestada extemporáneamente por los apoderados del Ministerio de Salud y Protección Social y de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (f.150 cdno 1).

6. Sentencia de primera instancia

En la sentencia impugnada de septiembre 19 de 2018, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca rechazó por improcedente la acción por considerar que el mandato contenido en la Resolución UGM 41184 de 2012 está dirigido al cumplimiento de una sentencia judicial, por lo cual implica un gasto y, además, el actor cuenta con el proceso ejecutivo para hacer efectiva la obligación que reclama.

7. La impugnación¹

El apoderado del actor consideró que el señor Carmona Rentería agotó todos los mecanismos posibles, como acciones de tutela, derechos de petición, denuncia

¹ A pesar de que la impugnación fue concedida por el Tribunal Administrativo mediante auto de octubre cuatro de 2018, el expediente fue entregado en la secretaría general de esta corporación el cinco de marzo del año en curso, luego de su paso por la Corte Constitucional y la Sección Segunda de esta corporación, a donde fue enviado inicialmente por equivocación (ff. 232 y 233 cdno 2).

penales y quejas ante la Procuraduría, sin obtener resultado, por lo cual no dispone de ningún mecanismo para satisfacer su pretensión.

Advirtió que no busca el cumplimiento de la decisión judicial sino de la orden impartida en la Resolución UGM 041184 de 2012 al área de nómina, en el sentido de llevar a cabo las operaciones aritméticas a que haya lugar y que fue omitida caprichosamente.

Descartó que el cumplimiento de dicho acto genere gastos, ya que en su criterio corresponde a las prestaciones sociales de un empleado público que sirvió al Estado por más de veinte años, cuya devolución ahora reclama a la parte demandada.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Sección Quinta es competente para decidir la impugnación contra la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, según lo dispuesto en los artículos 150 y 152 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) y en el acuerdo No. 015 de febrero veintidós (22) de 2011 expedido por la Sala Plena del Consejo de Estado².

2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala resolver si confirma, revoca o modifica la decisión adoptada por la citada corporación en la sentencia de septiembre 19 de 2018 que rechazó por improcedente la acción.

3. Generalidades de la acción de cumplimiento

La acción de cumplimiento busca la materialización de aquellos mandatos contenidos en las normas de rango legal y en los actos administrativos.

Con base en la regulación establecida en el artículo 87 de la Constitución y el desarrollo previsto en la Ley 393 de 1997, dicha posibilidad opera a partir de la orden que imparte el juez de lo contencioso administrativo a la autoridad renuente.

Este mecanismo procesal tiene carácter subsidiario, puesto que no procede cuando el demandante tenga a su alcance otro instrumento judicial para lograr la efectividad de la norma legal o del acto que estima incumplidos.

Tampoco procede cuando el ejercicio del medio de control pretenda el cumplimiento de normas legales y de actos administrativos que establezcan gastos.

De acuerdo con la reiterada jurisprudencia de esta corporación, la prosperidad de esta acción está sujeta a la observancia de los siguientes presupuestos: (i) que el deber jurídico cuya observancia se exige esté consignado en normas con fuerza de ley o en actos administrativos; (ii) que el mandato, la orden, el deber, la obligatoriedad o la imposición esté contemplada en forma precisa, clara y actual;

² Dicho acuerdo estableció la competencia de la Sección Quinta para el conocimiento de las apelaciones contra las providencias susceptibles de ese recurso que sean dictadas por los tribunales administrativos, en primera instancia, en las acciones de cumplimiento.

(iii) que la norma esté vigente; (iv) que el deber jurídico esté en cabeza del accionado; (v) que se acredite que la autoridad o el particular en ejercicio de funciones públicas fue constituido en renuencia frente al cumplimiento de la norma o acto administrativo cuyo acatamiento pretende la demanda y (vi) que tratándose de actos administrativos no haya otro instrumento judicial para lograr su efectivo cumplimiento, ni persiga el cumplimiento de normas que establezcan gastos.

4. La constitución de la renuencia

En el artículo 8º, la Ley 393 de 1997 señaló que “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 [...]”. (Negrillas fuera del texto).

Frente a los alcances de esta norma, la Sala mantiene un criterio reiterado según el cual “[...] 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”³.

Esta corporación también ha considerado que no puede tenerse por demostrado el requisito de procedibilidad de la acción en aquellos casos en que la solicitud “[...] tiene una finalidad distinta a la de constitución en renuencia”⁴.

Es importante que la solicitud permita determinar que lo pretendido por el interesado es el cumplimiento de un deber legal o administrativo, cuyo objetivo es el agotamiento del requisito de procedibilidad consistente en la constitución en renuencia de la parte demandada.

Como fue establecido en el numeral 5º del artículo 10º de la Ley 393 de 1997, la constitución de la renuencia de la entidad accionada debe acreditarse con la demanda, so pena de ser rechazada de plano la solicitud.

Revisado el expediente, observa la Sala que no aparece prueba que acredite que el actor haya solicitado al Ministerio de Salud y Protección Social el cumplimiento de la Resolución UGM 041184 de 2012, previamente al ejercicio de la acción.

En consecuencia, la sentencia impugnada será confirmada en cuanto rechazó la demanda respecto de la cartera de Salud y Protección Social por las razones anteriormente expuestas.

Con la demanda, el actor allegó copia del escrito de marzo 15 de 2018 mediante el cual pidió al director de la Caja Nacional de Previsión Social en Liquidación el cumplimiento de la Resolución UGM 041184 de 2012 (ff. 3 a 10 cdno 1).

En el expediente no obra constancia de que la solicitud haya sido resuelta por el organismo, ni por la UGPP, por lo cual el requisito de procedibilidad fue agotado respecto de esta entidad.

5. El caso concreto

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, providencia de octubre veinte (20) de 2011, expediente No. 2011-01063, M.P. Mauricio Torres Cuervo.

⁴ Sobre el particular pueden verse las providencias de noviembre veintiuno (21) de 2002 dentro del expediente ACU-1614 y de marzo diecisiete (17) de 2011, expediente 2011-00019.

Según quedó expuesto, el demandante pretende el cumplimiento de la Resolución UGM 041184 de 2012 expedida por el liquidador de la Caja Nacional de Previsión Social, CAJANAL, en Liquidación.

Lo anterior para que la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social lleve a cabo las operaciones aritméticas a que haya lugar para el cumplimiento de una sentencia judicial, la liquidación de unas diferencias salariales y el pago de las obligaciones correspondientes.

Advierte la Sala que el actor busca no solamente la eficacia del acto que ordenó el cumplimiento parcial de una decisión judicial sino el pago de unas obligaciones que, a su juicio, están pendientes por no haberse incluido unos factores salariales previstos en las leyes 33 y 62 de 1985 y las diferencias generadas por este concepto.

Así puede constatarse desde la presentación del escrito mediante el cual agotó el requisito de procedibilidad de la acción, en el cual señaló que nunca le fue pagado lo enunciado en la Resolución UGM 041184 de 2012 a pesar de que viene luchando por todos los medios, con este propósito, sin obtener resultados positivos (ff. 3 a 10 cdno 1).

Una postura similar asumió en la demanda, donde reiteró que no ha sido posible obtener la inclusión de los factores fijados en las leyes antes citadas ni el pago de las obligaciones, no obstante las múltiples acciones promovidas para tales efectos.

Sobre el particular, comparte la Sala la posición asumida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca según el cual, para efectos del cumplimiento del citado acto administrativo y el pago de la obligación, el actor tiene a su alcance otro mecanismo de defensa judicial.

Con base en el acto administrativo que le reconoció la liquidación de las diferencias salariales, como parte de la pensión, puede acudir al proceso ejecutivo para tratar de hacer efectiva la obligación que está a cargo de la administración.

En el artículo noveno, la Ley 393 de 1997 dispuso que la acción no procederá cuando el afectado tenga otro instrumento judicial para lograr el cumplimiento del acto administrativo, salvo que, en caso de no proceder el juez, siga un perjuicio grave e inminente para el accionante.

Estima la Sala que no puede concluirse el riesgo de un perjuicio de dicho carácter para el actor, con motivo del ejercicio del medio de defensa judicial, en la medida en que actualmente disfruta de la pensión de vejez, como lo admitió en la demanda, lo cual garantiza el cubrimiento de sus requerimientos básicos y la atención en seguridad social.

Dichas circunstancias particulares hacen que en este caso no pueda tenerse como superado el requisito de subsidiariedad contemplado en el artículo noveno de la Ley 393 de 1997, lo cual hace improcedente la acción de cumplimiento.

Por consiguiente, en lo que corresponde a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social la sentencia del a quo será modificada para declarar improcedente la acción.

En mérito de 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

F A L L A

PRIMERO: Confírmase la sentencia impugnada en cuanto rechazó la demanda respecto del Ministerio de Salud y Protección Social, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Modifícase la sentencia impugnada en lo que corresponde a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social y en su lugar declarar improcedente la acción.

TERCERO: Notifíquese a las partes en la forma prevista en el artículo veintidós (22) de la Ley 393 de 1997.

CUARTO: En firme esta providencia, **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
Magistrado