

**ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO - Rechazo / REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD
ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO / CONSTITUCIÓN DE RENUENCIA – Solicitud expresa que se persigue el cumplimiento de un deber legal o administrativo**

La acción de cumplimiento busca la materialización de aquellos mandatos contenidos en las normas de rango legal y en los actos administrativos (...) [D]icha posibilidad opera a partir de la orden que imparte el juez de lo contencioso administrativo a la autoridad renuente. (...) 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 de la renuencia de la entidad demandada. (...) Concluye la Sala que no fue acreditado el agotamiento debido del requisito de procedibilidad de la acción, por cuanto es claro que las peticiones tramitadas por el actor no solicitaron el cumplimiento de las disposiciones de la Ley 1251 de 2008 previamente al ejercicio de la acción de cumplimiento. (...) En consecuencia, la sentencia del a quo será revocada y en su lugar se rechazará la demanda como corresponde hacerlo en aquellos casos en los cuales no es demostrado el cumplimiento de esta exigencia legal.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 87 / LEY 393 DE 1997 – ARTÍCULO 10 LEY 393 DE 1997 / LEY 1251 DE 2008 – ARTÍCULO 26 / LEY 1251 DE 2008 – ARTÍCULO 28 / LEY 1251 DE 2008 – ARTÍCULO 29

NOTA DE RELATORÍA: La sentencia desarrolla las generalidades de la acción de cumplimiento y sus requisitos mínimos En cuanto a la constitución de la renuencia, ver: Consejo de Estado, Sección Quinta, providencia de octubre veinte (20) de 2011, exp: 2011 - 01063, C.P. Mauricio Torres Cuervo.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D.C., septiembre veintisiete (27) de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 68001-23-33-000-2018-00589-01(ACU)

Actor: GIOVANNI PAULO BIASI ROMERO

Demandado: MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL

Asunto: ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO – SEGUNDA INSTANCIA

Procede la Sala a resolver la impugnación interpuesta por el actor contra la sentencia de agosto ocho (8) del presente año, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Santander *rechazó por improcedente* la acción.

I. ANTECEDENTES

1. La solicitud

En nombre propio y en ejercicio de la acción desarrollada por la Ley 393 de 1997, el señor Giovanni Paulo Biassi Romero presentó demanda contra el Ministerio de Salud y Protección Social en la que incluyó las siguientes pretensiones:

“Que se ordene al Ministerio de Salud y Protección Social, el cumplimiento de lo establecido en el título IV artículos 26, 27, 28 y 29 de la Ley 1251 expedida el 27 de noviembre de 2008, a fin de que conforme EL CONSEJO NACIONAL DEL ADULTO MAYOR y se desarrollen a cabalidad sus fines y funciones.

De manera subsidiaria, en caso que la conformación del Consejo Nacional del Adulto Mayor no sea atribuida al Ministerio de Salud y Protección Social, se le ordene a la cartera ministerial u órgano del Gobierno Nacional que le corresponda la conformación de dicho Consejo”. (Mayúsculas del texto original).

2. Hechos

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

El actor indicó que mediante el artículo 7º de la Ley 29 de 1975, reglamentado por el Decreto 2011 de 1976, se creó el Fondo Nacional de Protección al Anciano, que nunca entró en operación.

Agregó que luego fue creado el Consejo Nacional del Adulto Mayor en virtud de lo establecido en la Ley 1251 de 2008, por lo cual acudió al Ministerio de Salud y Protección Social para que aclarara si dicho organismo estaba en funcionamiento.

Reveló que el dieciséis (16) de abril del año en curso, el jefe de la oficina de promoción social de la entidad le informó que el citado consejo no ha iniciado el ejercicio de sus funciones por varias razones como la inexistencia de las entidades para su composición, la ausencia de claridad sobre la selección de los representantes de los distintos sectores y el hecho de no haber un vocero único de las organizaciones no gubernamentales dedicadas a la prestación de servicios al adulto mayor.

Añadió que por lo anterior, acudió a la cartera de Salud y Protección Social para advertir el incumplimiento de los artículos 26, 27, 28 y 29 de la Ley 1251 de 2008, pero el funcionario ya mencionado le comunicó que los mandatos de tales normas están atribuidos al gobierno nacional y que para tales fines no establecieron un tiempo específico.

3. Razones del posible incumplimiento

El demandante estimó que los artículos 26, 27, 28 y 29 de la Ley 1251 de 2008 fueron incumplidos porque el Consejo Nacional del Adulto Mayor no ha sido

creado, lo que en su criterio demuestra la desprotección de ese sector de la población.

4. Trámite de la solicitud

El conocimiento de la acción fue avocado inicialmente por el Juzgado Tercero Administrativo Oral de San Gil que mediante auto de junio veinte (20) del presente año admitió la demanda y ordenó notificar al Ministerio de Salud y Protección Social, al defensor del pueblo, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio Público (f. 18).

Posteriormente, a través de providencia de junio veintiséis (26) del año en curso dejó sin efectos el auto admisorio y ordenó remitir el expediente por competencia al Tribunal Administrativo de Santander (f. 46).

Por auto de julio trece (13) de 2018, la magistrada sustanciadora de la citada corporación admitió la demanda y ordenó la notificación al Ministerio de Salud y Protección Social (f. 93).

5. Contestación de la demanda

Luego de exponer en detalle la regulación expedida desde años atrás para contribuir al bienestar del adulto mayor en Colombia, la apoderada del Ministerio de Salud y Protección Social admitió que el Consejo Nacional del Adulto Mayor no ha iniciado el ejercicio de sus funciones.

Explicó que la mayor parte de las entidades y organizaciones señaladas para la composición del organismo no existen, señaló que no hay claridad sobre el mecanismo de selección de los representantes de las personas jurídicas, entidades territoriales, la academia y de la comunidad científica, afirmó que tampoco hay un vocero único de las organizaciones no gubernamentales dedicadas al servicio de dicha población, añadió que la norma excluyó la representación de la mayoría de tales personas y sostuvo que los grupos étnicos y otros sectores de la población manifestaron la necesidad de modificar la Ley 1251 para ser tenidos en cuenta en el consejo.

Advirtió que no hubo negativa de la citada cartera porque adelantó gestiones conjuntas en procura de expedir la reglamentación de la norma, pese a que la potestad reglamentaria no tiene límites temporales y a la complejidad originada por la cantidad de integrantes prevista en la disposición.

Subrayó que la Ley 1251 de 2008 no precisó qué entidad del gobierno nacional tiene la competencia para reglamentar la designación de los representantes al Consejo Nacional del Adulto Mayor y destacó que el cumplimiento de dicho mandato no puede ser atribuible a un solo sector.

Consideró que no es cierto que esté demostrado que el gobierno haya desprotegido al adulto mayor, pues a través de normas como las leyes 100 de

1993, 1438 de 2011, 1315 de 2009 y 1251 de 2008 fueron implementadas estrategias, condiciones y beneficios para el tratamiento de esta población.

Concluyó que la acción es improcedente debido a la carencia de un mandato imperativo, inobjetable y actualmente exigible respecto de deber del gobierno de reglamentar los artículos 26, 28, 29 y 34 de la Ley 1251 de 2008 y crear el Consejo Nacional de Envejecimiento y Vejez.

6. Sentencia de primera instancia

En la sentencia de agosto ocho (8) del presente año, el Tribunal Administrativo de Santander *rechazó por improcedente* la acción porque la norma invocada por el actor contiene disposiciones que involucran gastos, cuyo cumplimiento genera un costo para la administración.

Señaló que esto obedece a que la Ley 1251 de 2008 estableció que el gobierno quedó facultado para incluir en los proyectos de presupuesto las sumas suficientes para las inversiones que demande su cumplimiento, lo cual encuadra en la prohibición del artículo 9º de la Ley 393 de 1997.

Resaltó que la norma no tiene las características necesarias para determinar que sea una disposición susceptible de cumplimiento por conducto de esta acción constitucional, dado que implicaría gastos para la entidad accionada que llegare a ser obligada a su eficacia material.

7. La impugnación

El actor aseguró que por más de 42 años, el Ministerio de Salud y Protección Social ha mostrado renuencia en el cumplimiento del artículo 7º de la Ley 29 de 1975 y de los artículos 26, 27, 28 y 29 de la Ley 1251 de 2008.

Precisó que la acción no pretende el cumplimiento de la totalidad de la norma sino de aquellas invocadas en la demanda en cuanto ordenaron la creación, fines y funciones del Consejo Nacional del Adulto Mayor.

Destacó que la corporación no tuvo en cuenta que la creación del organismo no significa ningún gasto financiero para el Estado, por lo cual la decisión negativa estaría vulnerando los derechos de esa población.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Sección Quinta es competente para decidir la impugnación contra la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Santander, 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 Estado¹.

2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala resolver si confirma, revoca o modifica la decisión adoptada por la citada corporación en la sentencia de agosto ocho (8) del presente año, mediante la cual *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; **(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*

¹ 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.

contestado dentro de los diez (10) días siguientes a la presentación de la solicitud [...]”. (Negritas 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*”².

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*”.³

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 de la renuencia de la entidad 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.

5. El caso concreto

El actor pretende el cumplimiento de los artículos 26, 27, 28 y 29 de la Ley 1251 de 2008⁴ para la creación del Consejo Nacional del Adulto Mayor y el desarrollo de sus fines y funciones por parte del Ministerio de Salud y Protección Social.

Mediante tales disposiciones, el Congreso de la República creó el Consejo Nacional del Adulto Mayor, estableció sus fines específicos, señaló las funciones y además dispuso su integración, respectivamente.

Al admitir la demanda y en la sentencia de primera instancia, el Tribunal Administrativo de Santander no incluyó ninguna consideración sobre el agotamiento del requisito de procedibilidad de la acción.

Observa la Sala que el actor allegó al expediente la fotocopia de un derecho de petición enviado el tres (3) de abril de 2018 al Ministerio de Salud y Protección Social⁵ en el que solicitó información sobre la fecha en la cual fue creado el Fondo

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, providencia de octubre veinte (20) de 2011, expediente No. 2011-01063, C.P. Mauricio Torres Cuervo.

³ 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.

⁴ A través de la Ley 1251 de 2008, el Congreso de la República dictó normas tendientes a procurar la protección, promoción y defensa de los derechos de los adultos mayores. Fue modificada parcialmente por la Ley 1850 de 2017 que estableció medidas de protección al adulto mayor, modificó el Código Penal y penalizó el maltrato intrafamiliar por abandono.

⁵ En la fotocopia aportada por el demandante no aparecen las condiciones en que fue enviado, pero en la respuesta del Ministerio de Salud y Protección Social consta que fue tramitado con el número de radicación 20184240046772.

de Protección Social al Anciano, los recursos con los que cuenta, los fines y funciones que tiene actualmente y los avances y logros obtenidos hasta la citada fecha (ff. 7 y 8).

También pidió información acerca de la conformación del Consejo Nacional del Adulto Mayor según lo establecido en la Ley 1251 de 2008, los miembros de quienes lo integran actualmente, la fecha en la cual tuvo lugar la última reunión del organismo y la copia del acta de creación (ff. 7 y 8).

Mediante oficio de abril dieciséis (16) de 2018, el jefe de la oficina de promoción social le comunicó que el citado organismo no entró en operación, reveló que nunca contó con los recursos presupuestales y manifestó que no ha iniciado el ejercicio de sus funciones debido a las razones que luego fueron expuestas en la contestación de la demanda (ff. 9 a 12).

En virtud de esta respuesta, el señor Biassi Romero remitió un nuevo escrito, el dos (2) de mayo de 2018⁶, en el cual advirtió el posible incumplimiento de los artículos 26, 27, 28 y 29 de la Ley 1251 de 2008 y expresamente solicitó a la cartera de Salud y Protección Social y al jefe de la oficina de promoción social que **“[...] se sirvan allegar a mi dirección física o electrónica dentro del término, el acto administrativo que contenga la creación del Consejo Nacional del Adulto Mayor, donde se especifique el nombre y cargo de las personas que lo conforman y que fines y funciones tendrá dicho consejo”**. (ff. 14) (Negritillas fuera del texto).

A través de oficio de mayo once (11) de 2018, el titular de la oficina de promoción social señaló que el mandato contenido en dichas disposiciones fue atribuido al gobierno nacional, que las respectivas responsabilidades no corresponden legalmente a dicha cartera y que no tiene conocimiento de la existencia de acto administrativo de creación del Consejo Nacional del Adulto Mayor, ni de reglamentación relacionada con la designación y participación de sus representantes, por lo cual no era posible atender la solicitud (f. 15).

Advierte la Sala que el primer escrito enviado por el actor al Ministerio de Salud y Protección Social no puede tenerse en cuenta para la constitución en renuencia del organismo, pues corresponde a un derecho de petición de información sobre la creación del Fondo de Protección al Anciano y del Consejo Nacional del Adulto Mayor con base en las disposiciones del Decreto 2011 de 1976 y la Ley 1251 de 2008.

Lo mismo ocurre con el segundo memorial remitido en mayo dos (2) del año en curso, respecto del cual subraya la Sala que tampoco acredita el agotamiento del requisito de procedibilidad de la acción, ya que tuvo un propósito diferente de aquel previsto en el artículo 8º de la Ley 393 de 1997.

⁶ En la fotocopia allegada por el actor tampoco obra prueba del envío a la cartera de Salud y Protección Social. Sin embargo, en la respuesta dada por la entidad obra constancia de la radicación con el número 20184240069532.

Aunque el actor advirtió el posible incumplimiento de los artículos 26, 27, 28 y 29 de la Ley 1251 de 2008, lo cierto es que el objeto de la petición era obtener la fotocopia del acto administrativo que contenía la creación del Consejo Nacional del Adulto Mayor con la información concreta de los nombres y cargos de sus integrantes, los fines y funciones (f. 14).

En dicho escrito, el demandante no reclamó al Ministerio de Salud y Protección Social el cumplimiento de los cuatro (4) artículos de la Ley 1251 de 2008, lo cual hace que no corresponda a la constitución en renuencia sino a una petición de documentos públicos sobre la creación del organismo.

Tampoco exigió al organismo el cumplimiento del artículo 7º de la Ley 29 de 1975 al cual hizo referencia en la impugnación como norma supuestamente desacatada, desde años atrás, por la entidad demandada.

Concluye la Sala que no fue acreditado el agotamiento debido del requisito de procedibilidad de la acción, por cuanto es claro que las peticiones tramitadas por el actor no solicitaron el cumplimiento de las disposiciones de la Ley 1251 de 2008 previamente al ejercicio de la acción de cumplimiento.

En consecuencia, la sentencia del *a quo* será revocada y en su lugar se rechazará la demanda como corresponde hacerlo en aquellos casos en los cuales no es demostrado el cumplimiento de esta exigencia legal.

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: Revocar la sentencia de agosto ocho (8) del presente año dictada por el Tribunal Administrativo de Santander. En su lugar, rechazar la demanda según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

TERCERO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Presidente

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero



SC5780-6-1



GP059-6-1

