



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: *CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO*

Bogotá, D.C., febrero veintidós (22) de dos mil dieciocho (2018)

RADICACIÓN NÚMERO: 25000-23-41-000-2017-01703-01

ACTOR: GREGORIO ALBERTO GIRALDO ARCILA

DEMANDADO: FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

ASUNTO: ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO – SEGUNDA INSTANCIA

Procede la Sala a resolver la impugnación interpuesta por el actor contra la sentencia de noviembre treinta (30) de 2017, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, declaró improcedente la acción.

I. ANTECEDENTES

1. La solicitud

En nombre propio y en ejercicio de la acción de cumplimiento desarrollada por la Ley 393 de 1997, el señor Gregorio Alberto Giraldo Arcila presentó demanda contra el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República en la cual incluyó las siguientes pretensiones¹:

“1º.- Con fundamento en la diferencia entre las fechas de insubsistencia y de liquidación del cargo que el Peticionario tuvo en el Congreso Nacional, VISIBLE en la Resolución No. 586 del 26 de

¹ Las pretensiones corresponden a aquellas formuladas por el actor en el escrito de subsanación y sustitución de la demanda de cumplimiento en virtud del auto inadmisorio dictado por el Juzgado Quinto Administrativo de Oralidad de Bogotá (ff. 178, 181 y 182 cdno 1).



Junio de 2001, expedida por el Fondo de Previsión Social del Congreso [...] ordenar a este Fondo LA CONSIGNACIÓN DE LOS SALARIOS DEJADOS DE PERCIBIR [...] ENTRE EL DÍA 12 DE FEBRERO DE 2000, fecha en la que fue despedido del Congreso Nacional sin fórmula de juicio y sin oportunidades para su defensa, Y EL DÍA 26 DE JUNIO DE 2001, fecha en la que se le practicó la liquidación de sus cesantías [...].

2º.- Ordenar a todas las autoridades nacionales o territoriales encargadas de la inscripción de actos que modifiquen o afecten derechos patrimoniales, civiles, laborales, sociales, políticos y procesales del Accionante, la inscripción de la presente disposición administrativa en cada uno de los registros públicos, a solicitud unilateral y directa del Accionante.

3.- Con fundamento en el análisis de la prueba constituida por la Resolución No. 586 del 26 de Junio de 2001 [...] declarar la ocurrencia del siniestro previsto en la Ley 244 de 1995, como causal de adición de la Historia Laboral del Peticionario, como funcionario público, entre el 12 de Febrero de 2000 y el 26 de Junio de 2001.

4.- Declarar que, por el origen de las afectaciones que sufre el Accionante, que conforme a la prueba fue una petición parlamentaria, la ocurrencia del siniestro fue causal y meritoria de la calificación como una persecución de carácter político generada en el seno del Congreso Nacional.

5.- Ordenar al Congreso Nacional, como última entidad encargada del registro de la Historia Laboral del Peticionario, la inclusión del tiempo transcurrido entre la fecha de insubsistencia y la fecha de pago efectivo de su Cesantía, en la historia laboral correspondiente, y el envío de dicho registro completo y sin más observaciones ni embargos, directamente, a COLPENSIONES, para la revisión del Derecho a Pensión del Peticionario, dentro de las siguientes 48 horas". (Mayúsculas del texto original).

2. Hechos

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



El actor indicó que la Ley 244 de 1995 dispuso que entre la fecha de insubsistencia de un cargo público y el pago de la cesantía no puede transcurrir un periodo mayor a 45 días y estableció un seguro para el fondo a cargo del pago, ante el riesgo de mora por sus actuaciones.

Añadió que en noviembre de 2001, la jefe de prestaciones económicas del Fondo de Previsión Social del Congreso negó el trámite de su liquidación y precisó que solo hasta julio veintiséis (26) de 2001 le dio curso, mediante la Resolución 560, año y medio después de su insubsistencia de un cargo que desempeñaba en la Cámara de Representantes.

Aseguró que los argumentos expuestos por el organismo en el trámite de acciones anteriores, para negar el reconocimiento, lo tomaron por sorpresa como víctima y también a los jueces, al calificar erradamente la acción de cumplimiento como de nulidad y restablecimiento del derecho.

3. Razones del posible incumplimiento

A pesar del confuso escrito de demanda, incluso luego de la subsanación y sustitución, el alegado incumplimiento de la Ley 244 de 1995 obedece a que según el actor el Congreso de la Republica no le reconoció unas prestaciones sociales ni la pensión de jubilación luego de la insubsistencia de un cargo que desempeñó en la Cámara de Representantes.

4. Trámite de la solicitud en primera instancia

El actor interpuso simultáneamente la demanda como acción de tutela por el derecho "*a la legalidad administrativa*" contra la Administración de Impuestos de Risaralda y el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria y como acción de cumplimiento, respecto de la Ley 244 de 1995, contra el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República (ff. 1 a 14 cdno 1).



Mediante auto de julio diez (10) de 2017, el Juzgado 8º Administrativo de Manizales, al cual correspondió por reparto, ordenó remitirla por competencia, como acción de tutela, a los juzgados del circuito de Pereira (ff. 158 cdno 1).

En providencia de julio diecisiete (17) del mismo año, el Juzgado 1º Laboral del Circuito de Pereira rechazó la demanda por falta de competencia y dispuso su remisión al Tribunal Superior de Pereira (f. 163 cdno 1).

A través de auto de julio dieciocho (18) de 2017, la citada corporación, en sala unitaria, declaró la incompetencia para conocer el proceso, ordenó remitir la acción de cumplimiento a la oficina judicial de Bogotá y frente a la acción de tutela suscitó conflicto negativo de competencia ante la sala mixta del mismo tribunal (ff. 171 a 173 cdno 1).

El Juzgado 5º Administrativo Oral de Bogotá, al que correspondió por reparto la acción de cumplimiento, dictó auto de julio treinta y uno (31) de 2017 en el que inadmitió la demanda para que el actor precisara el artículo de la Ley 244 de 1995 que estaba siendo incumplido por la entidad demandada y expusiera los hechos constitutivos de incumplimiento (f. 178 cdno 1).

Corregida y sustituida la demanda por el actor, mediante providencia de agosto tres (3) de 2017 admitió la demanda y ordenó la notificación al presidente del Fondo de Previsión Social del Congreso de la República (f. 184 cdno 1).

En sentencia de septiembre cuatro (4) del mismo año, el citado despacho declaró no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada e improcedente la acción, por considerar que el actor tenía a su alcance otro medio ordinario de defensa judicial para la efectividad de las obligaciones descritas en la demanda (ff. 215 a 220 cdno 1).

Al conocer la impugnación, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, en sala unitaria, declaró la nulidad de la citada sentencia ante la falta de competencia



funcional del Juzgado 5º Administrativo Oral de Bogotá, pero conservó la validez de las actuaciones relacionadas con el auto inadmisorio, la corrección y subsanación de la demanda, la admisión de la misma y la contestación por parte del Fondo de Previsión Social del Congreso (ff. 5 a 10 cdno 2).

Por auto de noviembre 1º de 2017, el magistrado sustanciador admitió la acción respecto de la Administradora Colombiana de Pensiones (COLPENSIONES) en virtud de la solicitud de vinculación hecha por el actor y además rechazó la medida cautelar de embargo y secuestro de un inmueble de propiedad de la parte demandada (ff. 38 a 40 cdno 3).

5. Contestación de la demanda

5.1. Fondo de Previsión Social del Congreso de la República

Por conducto de apoderado judicial, aseguró que la acción es improcedente, que el derecho reclamado por el demandante no existe y que el señor Giraldo Arcila no ejerció su derecho de acción en forma oportuna frente a la posible mora en el pago del auxilio de cesantía.

Luego de explicar detalladamente el trámite de la reclamación hecha por el actor sobre este particular, indicó que el reconocimiento de las cesantías fue hecho por el organismo con base en las certificaciones expedidas por la Cámara de Representantes, por lo cual las actuaciones del fondo están ajustadas a los parámetros legales del caso.

Destacó que el Fondo de Previsión Social del Congreso negó la pensión de vejez por aportes al actor mediante Resolución 2080 de 2007 por cuanto no acreditó el requisito de veinte (20) años de cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales y en una o varias de las entidades de previsión social del sector público.

Propuso las excepciones de caducidad de la acción y falta de legitimación en la causa por pasiva porque el organismo no intervino en la declaratoria de insubsistencia del actor y por lo mismo no es la



autoridad encargada del cumplimiento del deber que pretende en la acción.

5.2. Administradora Colombiana de Pensiones

Por intermedio de apoderado judicial, también se opuso a las pretensiones de la demanda tras señalar que carecen de sustento jurídico y debido a que la pensión reconocida al actor estuvo ajustada a las normas legales.

Resaltó que no obstante, el demandante pretende el reconocimiento de una prestación económica en aplicación del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sin que reúna los requisitos dado que cuanta con 58 años y 1280 semanas de cotización.

Propuso las excepciones de cobro de lo no debido, buena fe de las actuaciones de la entidad e inexistencia del derecho reclamado porque no tiene pendiente ninguna obligación con el actor, a quien le fue reconocido su derecho con base en las normas aplicables a su situación particular y según lo dispuesto en el artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005.

6. Sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, estimó que no existe falta de legitimación en la causa por pasiva del Fondo de Previsión Social del Congreso y advirtió que la acción de cumplimiento no está sometida al fenómeno jurídico de la caducidad.

Añadió que el cobro de lo no debido, la buena fe y la inexistencia del derecho reclamado, expuestos por COLPENSIONES, no constituyen impedimentos procesales sino argumentos que sustenta la defensa de la entidad.

Destacó que según el criterio del Consejo de Estado, la acción de cumplimiento no es procedente para el reconocimiento de derechos



subjetivos, como ocurre en la situación descrita por el señor Giraldo Arcila.

Consideró que en el ordenamiento jurídico existen otros instrumentos idóneos y eficaces para ventilar las pretensiones del actor ante la jurisdicción, pues contra las decisiones adoptadas por las entidades demandadas tenía a su alcance el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Advirtió que el demandante debió acudir a dicha acción judicial, no a la acción de cumplimiento y agregó que no se evidencia que la alegada inobservancia de la norma invocada por el actor genere un perjuicio grave e inminente que excepcionalmente haga viable esta acción.

Declaró no probadas las excepciones e improcedente la acción.

7. La impugnación

El actor reprochó la aplicación del criterio sobre los derechos subjetivos y explicó que si el Tribunal Administrativo encuentra incumplida la ley por parte del Fondo de Previsión Social del Congreso, su obligación es ordenar el acatamiento de la norma cualquiera haya sido el medio de acceso al cual haya acudido el accionante.

Aseguró que no comparte el método de discernir por separado el cumplimiento de la ley y que COLPENSIONES debe a la Resolución 0766 de 2009 porque es evasivo del proceso y resaltó que frente a dicho acto administrativo *“No hay nulidad que reclamar a la vista”*.

Estimó que la sentencia de primera instancia desconoció que la Resolución 0568 de 2001 expedida por el Fondo de Previsión Social del Congreso *“[...] contiene en sí misma la prueba y los parámetros de tiempo y de valor claros, expresos y exigibles, que la convierten en un título con mérito ejecutivo respecto de la Ley 244 de 1995, relativo a la diferencia entre las fechas de insubsistencia y de reconocimiento de la Cesantía [...]”*.



II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Sección Quinta es competente para decidir la impugnación contra la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, 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 noviembre treinta (30) de 2017, a través de la cual declaró no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada e 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.

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.



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.

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

³ 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.



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

En esta materia, 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

La revisión del expediente permite establecer que el demandante radicó un derecho de petición ante el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República relacionado con la aplicación de la Ley 244 de 1995.

Así se desprende del oficio de septiembre siete (7) de 2010 a través del cual la subdirectora de prestaciones económicas del organismo brindó respuesta a la reclamación mediante la cual, según la funcionaria, el actor “[...] *solicita el cumplimiento de la Ley 244 de 1995 respecto del pago de salarios, cesantías y sanción por mora en el pago de estas [...]*”. (ff. 40 y 41 cdno 1).

Sin embargo, advierte la Sala que aquel escrito presentado para la constitución de la renuencia del Fondo de Previsión Social del Congreso, antes del ejercicio de la acción, no fue aportado por el actor con la demanda.

Tampoco fue acompañado como anexo al memorial a través del cual el señor Giraldo Arcila subsanó y sustituyó la demanda en cumplimiento del auto inadmisorio dictado por el Juzgado Quinto

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.



Administrativo Oral de Bogotá, cuyas actuaciones fueron tenidas como válidas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (ff. 178, 181 y 182 cdno 1).

Esta especial circunstancia impide a la Sala tener la debida certeza sobre el agotamiento del requisito de procedibilidad previsto por el artículo 8º de la Ley 393 de 1997 para el ejercicio de la acción de cumplimiento.

La omisión de esta exigencia no permite establecer la forma en que el demandante pudo haber invocado la aplicación de la Ley 244 de 1995 por parte del Fondo de Previsión Social del Congreso de la República.

No es posible determinar si la constitución de la renuencia fue hecha respecto de uno de los artículos de la norma, en lo que corresponde genéricamente a la ley 244 de 1995 como señaló en la demanda o frente a todas las disposiciones de la misma, como lo expresó el actor en el memorial de subsanación y sustitución de la demanda (ff. 181 y 182 cdno 1).

Precisa la Sala que la petición de septiembre veinte (20) de 2010 presentada por el señor Giraldo Arcila ante la subdirectora de prestaciones económicas no puede tenerse como constitución de la renuencia, como lo hizo el Juzgado Quinto Administrativo Oral de Bogotá al admitir la demanda, pues en su texto el actor reiteró los términos de otras solicitudes radicadas ante el organismo y además destacó expresamente que su anterior petición, cuya fecha no señaló y cuya copia no aportó al expediente, “[...] no tuvo como objeto recibir explicaciones sino cumplir la Ley 244 de 1995, en cuanto toca con obligaciones claras, expresas y exigibles del Fondo [...]”. (ff. 31 a 37 cdno 1).

Es necesario tener en cuenta que esta petición es posterior al oficio de septiembre siete (7) de 2010, al cual fue hecha referencia, en el que la funcionaria brinda respuesta a la solicitud de cumplimiento de la Ley 244 de 1995 que, insiste la Sala, no fue allegada con la demanda ni con la subsanación y sustitución.



En estas condiciones, estima la Sala que el agotamiento del requisito de procedibilidad de la acción no fue debidamente acreditado por el actor.

Observa la Sala que en la demanda y en el escrito de subsanación y sustitución, el señor Giraldo Arcila no sustentó la posibilidad excepcional que tenía de prescindir de dicha exigencia por el riesgo de sufrir un perjuicio irremediable, como lo contempla la regulación legal de este mecanismo constitucional.

Según el artículo 10º de la Ley 393 de 1997, la prueba de la renuencia, como requisito de procedibilidad de la acción, es uno de los requisitos de la demanda y en este caso no fue acreditado en legal forma.

En consecuencia, la decisión impugnada será revocada y en su lugar se rechazará la demanda por no haberse aportado la prueba de la renuencia del Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, ni demostrado su debido agotamiento previamente al ejercicio de la acción.

Al margen de lo anterior, precisa la Sala que frente a las pretensiones relacionadas con el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales y la pensión a las que considera tener derecho, el actor disponía de otros medios ordinarios de defensa judicial para controvertir las decisiones adoptadas por el Fondo de Previsión y COLPENSIONES.

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

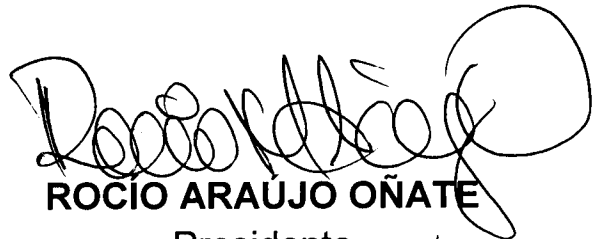
F A L L A

PRIMERO: Revocar la sentencia de noviembre treinta (30) de 2017 dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B. En su lugar, rechazar la demanda según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.



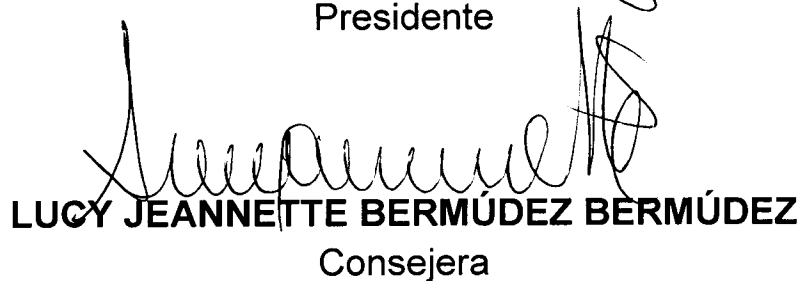
SEGUNDO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ROCÍO ARAUJO OÑATE

Presidente



LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera



CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero



ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero



SC5780-6-1



GP059-6-1

