



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER

Magistrado Ponente Carlos Mario Peña Díaz

San José de Cúcuta, Primero (1) de Noviembre de dos mil doce (2012)

Radicado N° : 54-001-33-33-003-**2012-00078-01**
Actor : Esperanza Yáñez Páez
Demandado : ISS- Minprotección Social - ASOFONDOS
Medio de Control : **Cumplimiento**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte accionante en contra del auto de fecha 30 de Agosto de 2012, por el cual el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cúcuta, rechazó la demanda promovida por la Señora Esperanza Yáñez Páez contra el Instituto de los Seguros Sociales, el Ministerio de la Protección Social y la Asociación Colombiana de Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías.

1.- ANTECEDENTES

La Señora Esperanza Yáñez Páez en su propio nombre, presentó demanda de Acción de Incumplimiento en contra del Instituto de los Seguros Sociales –ISS-, el Ministerio de la Protección Social y la Asociación Colombiana de Administradoras de Fondos de Pensiones, con el objetivo de que éstas entidades dieran cumplimiento a lo establecido en el Decreto 3995 del 16 de octubre de 2008, Decreto 692 de 1994; Ley 100 de 1993 y Ley 797 de 2003 y se definiera así la afiliación válida de la accionante al régimen de prima media con prestación definida administrado por el Seguro Social.

De esta manera, indica la accionante que el 21 de marzo de 1996 fue vinculada al Instituto de Seguros Sociales al Régimen de Prima Media con Prestación

Radicado: 54-001-33-33-003-2012-00078-01

Accionante: Esperanza Yáñez Páez

Auto resuelve recurso apelación

Definida. Sin embargo, el día 1 de abril de 1997 se realizó una solicitud de vinculación a PORVENIR sin el cumplimiento de los requisitos para efectuar el traslado a dicho fondo, por lo que en el año 2000 la Señora Yáñez Páez solicita a PORVENIR que la desvincule. Así, PORVENIR da respuesta a la solicitud de desvinculación de la accionante con dos oficios de fechas 14 de diciembre de 2000 y 20 de marzo de 2001, donde le manifiestan que su solicitud de vinculación no fue atendida por cuanto había inconsistencias en la referencia, respuesta por las cuales la accionante consideró resuelto su problema de desvinculación con esa entidad.

Señala la Señora Yáñez Páez que posteriormente su nombre apareció en una lista que envió ASOFONDOS donde solicita al Ministerio de la Protección Social el envío de dichos aportes a un fondo y no al Seguro Social. Por lo tanto, la accionante presentó derecho de petición ante el presidente de ASOFONDOS, a la presidencia del Seguro Social, al Ministerio de la Protección Social y a la Procuraduría General de la Nación para que se resolviera su situación de Multivinculación, determinado que nunca ha pertenecido a un fondo privado de pensiones en aplicación a los Decretos 3800 de 2005, 3995 de 2008 y se decidiera como consecuencia que su vinculación siempre ha sido con la administradora de pensiones, el Instituto de Seguros Social. El ISS da respuesta al derecho de petición, aduciendo que se dio aplicación al Decreto 3800 de 2003 y debido a la situación de vinculación que presentaba la accionante se concluyó que estaba válidamente vinculada a AFP PORVENIR.

Al respecto, la accionante considera que siempre estuvo convencida que se encontraba afiliada al Seguro Social, pues sus desprendibles de pago así lo evidenciaban, por lo cual reseña que el silencio del Fondo de Pensiones Privado la ha perjudicado sin tener posibilidad de resolver su problema, pues según la ley, ya no puede pasar sus aportes al ISS debido a su edad. En este sentido, considera igualmente que los Presidentes de ASOFONDOS y del Seguro Social han incumplido la obligación impuesta por las normas citadas al no dirimir conforme a los parámetros legales en ellas consagradas, la situación de Multivinculación de los funcionarios del Ministerio de Transporte –donde ella labora-, al no permitir que de acuerdo a los aportes realizados al Seguro Social, sea la entidad a la cual se encuentren legalmente vinculados los funcionarios ahora afectados. Señala que el Seguro Social aunque tenía la obligación legal

Radicado: 54-001-33-33-003-2012-00078-01
Accionante: Esperanza Yáñez Páez
Auto resuelve recurso apelación

de advertirla sobre la no vinculación al Régimen de Prima Media -de conformidad con el artículo 10 del decreto 1161 de 1994- nunca lo hizo.

Así mismo, se evidencia un error por parte de PORVENIR y ASOFONDOS, pues la incorporaron a una base de datos en irregular vinculación, a partir de la cual definieron erróneamente que su vinculación correspondía al Régimen de Ahorro Individual y no al de Prima Media con Prestación Definida.

En el acápite de pretensiones se encuentran las siguientes:

“PRIMERA.- Solicito muy amablemente y ante su Honorable Despacho administrador de justicia sepa ordenar al SEGURO SOCIAL, A ASOFONDOS y a quien corresponda, el CUMPLIMIENTO de lo ordenado en las siguientes normas:

- **Decreto 692 de 1994**, artículo 17. Sobre Múltiples vinculaciones.
- **Decreto Número 3800 de 2003**, artículo 2. “Las personas a las que se refiere el artículo anterior, que no manifiesten su voluntad de afiliación de administradora o selección de régimen, se entenderán vinculadas a la entidad a la que se encontraran cotizando a 28 de enero de 2004 o a aquella que recibió la última cotización antes de dicha fecha.” (Negrilla fuera de texto) sic
- **Decreto 3995 de 2008**, artículo 2. “... Para definir en qué régimen pensional esta válidamente vinculada una persona que se encuentra en estado de múltiple vinculación al 31 de diciembre de 2007, se aplicarán, por una única vez, las siguientes reglas: / **Cuando el afiliado en situación de múltiple vinculación haya efectuado cotizaciones efectivas, entre el 1 de julio y el 31 de diciembre de 2007, se entenderá vinculado a la administradora que haya recibido el mayor número de cotizaciones; en caso de no haber realizado cotizaciones en dicho término, se entenderá vinculado a la administradora que haya recibido la última cotización efectiva.** Para estos efectos, no será admisibles los pagos de cotizaciones efectuados con posterioridad a la fecha de entrada en vigencia de este decreto. / **Cuando el afiliado no haya efectuado ninguna cotización o haya realizado el mismo número de cotizaciones en ambos regímenes entre el 1 de julio y el 31 de diciembre de 2007, será válida la última vinculación efectuada dentro de los términos legales antes de la situación de múltiple vinculación...**” (negrilla fuera de texto)
- Artículo 5. Cotizaciones erróneas, aportes sin vinculación, afiliaciones simultáneas, compartibilidad pensional. En aquellos casos en que el traslado del Régimen Pensional se haya efectuado atendiendo el término de permanencia mínima pero no se hayan hecho cotizaciones a la entidad seleccionada, por una única vez, para aquellas situaciones presentadas hasta el 31 de diciembre de 2007, la persona se entenderá vinculada a la administradora a la cual ha realizado las cotizaciones. / En aquellos casos en que por una persona se hayan realizado

Radicado: 54-001-33-33-003-2012-00078-01

Accionante: Esperanza Yáñez Páez

Auto resuelve recurso apelación

cotizaciones sin que medie una afiliación al sistema, se entenderá vinculado el trabajador a la administradora donde realizó el mayor número de cotizaciones entre el 1 de julio y el 31 de diciembre de 2007. En caso de no haber realizado cotizaciones en dicho término, se entenderá vinculado a la administradora que haya recibido la última cotización efectiva. Esta situación deberá ser informada al afiliado y al empleador para que se proceda a afiliar estos trabajadores al sistema, mediante la suscripción del formulario respectivo. En este evento se tendrán en cuenta las cotizaciones realizadas antes de la fecha de afiliación. / Cuando el afiliado presente simultaneidad en la fecha de vinculación a los dos regímenes pensionales, se entenderá vinculado a la administradora en donde haya efectuado el mayor número de cotizaciones efectivas...”

- **Ley 100 de 1993 y Ley 797 de 2003**, sobre la permanencia de servidores públicos en el REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA administrado por el SEGURO SOCIAL.
- **MEMORANDO CIRCULAR ISS No. 24937 del 1 de noviembre de 2011**, suscrito por el doctor GONZALO JAVIER URBINA JIMENES, Director Jurídico Nacional del Seguro Social, que resuelve el tema de la multivinculación en el ISS y determina que **NO SE PIERDE POR ESTE HECHO EL REGIMEN DE TRANSICIÓN**.

En consecuencia, respetuosamente suplico al Honorable Despacho se ordene mediante la presente ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO que mi afiliación al SISTEMA GENERAL DE PENSIONES es en el REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA y que mi vínculo a la administradora de Pensiones es ante el SEGURO SOCIAL únicamente.

SEGUNDO: Estando a portas de adquirir mi derecho a la pensión y en razón a que no se cumplieron los requisitos exigidos por la normatividad aplicable vigentes para estos asuntos no era procedente efectuarse el traslado del régimen pensional, razón por la cual solicito se decrete judicialmente y bajo los alcances constitucionales continuar con mi vinculación en el INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES para que en su oportunidad se realice la liquidación de mis mesadas pensionales bajo el régimen exclusivo de PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA

El daño a mi estabilidad económica y el de mi familia en mi condición de cabeza de hogar, se ha profundizado en cuanto a que mi salud se ha vuelto vulnerable por la incertidumbre de no poderme pensionar como estaba planeado, al encontrarme ahora en la deriva en el **Derecho a la Seguridad Social**, el cual es de rango constitucional, razón por la cual se ha venido deteriorando mi estado de salud día a día por la incertidumbre del futuro de mi derecho a la pensión con ocasión de los años de servicios prestados al Estado en cabeza del Ministerio de Transporte y asegurando el futuro de mi familia con la seguridad de estar y seguir con el INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES ISS”.

Radicado: 54-001-33-33-003-2012-00078-01

Accionante: Esperanza Yáñez Páez

Auto resuelve recurso apelación

1.1. El Auto Apelado

El Señor Juez Tercero Administrativo del Circuito de Cúcuta mediante auto del 30 de Agosto de 2012, rechazó la demanda promovida por la Señora Esperanza Yáñez Páez contra el Instituto de los Seguros Sociales, el Ministerio de la Protección Social y la Asociación Colombiana de Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías.

Expuso el A quo como argumentos de su decisión los siguientes:

- a) Para ejercer la Acción de Cumplimiento es necesario demostrar en el expediente que se ha constituido en renuencia a la administración, de conformidad con el artículo 10 de la ley 393 de 1997, consistiendo en demostrar ante el juez que se ha solicitado directamente a la autoridad respectiva el cumplimiento de la norma o acto administrativo. De este requisito se puede prescindir, de conformidad con el inc. 2 del artículo 8 de la citada ley, siempre y cuando el cumplirlo a cabalidad genere para el accionante un perjuicio irremediable, lo cual deberá ser sustentado igualmente en la demanda.
- b) Por su parte, el artículo 12 de la ley 393 de 1997 establece que en caso de no aportarse por el accionante la prueba del cumplimiento del requisito de la renuencia –salvo que se trate la excepción del inc. 2 del artículo 8- procederá el rechazo de plano de la demanda.
- c) La accionante para acreditar el cumplimiento de la renuencia, allega al expediente:
 - Derecho de petición presentado ante el ISS, con copia al Ministerio de la Protección Social, ASOFONDOS y a la Procuraduría Delegada para Asuntos de Trabajo y la Seguridad Social, invocando los artículos 23 de la Constitución, 2 del Decreto 3800 de 2003; 2, 4 y 5 del Decreto 3995 de 2008.
 - Copia de la petición presentada a la Presidencia de Pensiones del Seguro Social, con copia al Superintendente Delegado para Pensiones, Cesantías y Fiduciarias; a la Procuradora Delegada para Asuntos del Trabajo y la Seguridad Social y al Presidente de ASOFONDOS de

Radicado: 54-001-33-33-003-2012-00078-01

Accionante: Esperanza Yáñez Páez

Auto resuelve recurso apelación

Colombia, invocando los artículos 23 de la Constitución; artículos 2 y 5 del Decreto 3995 de 2008.

- Copia de los oficios C-773-11 suscrito por el Asistente Vicepresidencia Jurídica de ASOFONDOS; DP 1556 del 2 de noviembre de 2011 y DP 636 del 3 de octubre de 2011, firmados por Gloria Ramírez Sepúlveda, área devolución de aportes ADM Fondos Privados, de los que se desprende que no se accedió a las peticiones referidas.
- d) Para el A quo, los documentos aportados al expediente como prueba de la renuencia de la autoridad en aplicar la normativa, no satisfacen lo necesario para la procedencia de la presente acción. Lo anterior, por cuanto en ningún momento se solicita de manera expresa a las entidades accionadas el cumplimiento de las normas objeto de la acción. En este sentido, considera que sí bien en las referidas peticiones la accionante se fundamenta en las normas objeto de la presente acción de cumplimiento, no es menos cierto que el objeto de las solicitudes tenían otro propósito, que no era otro que la administración le resolviera a la Señora Yáñez Páez su situación de Multivinculación.
- e) Finalmente, el Juez de primera instancia señala que no basta el ejercicio del derecho de petición en forma genérica para que pueda hablarse de renuencia, pues es necesario reclamar específicamente un mandato con fuerza material de ley o acto administrativo y que la autoridad se ratifique en su incumplimiento o no conteste la petición dentro de los 10 días.

1.2. Recurso de Apelación Interpuesto¹.

Para la Señora Yáñez Páez el requisito de la renuencia para la procedibilidad de la presente acción de cumplimiento, se encuentra totalmente agotado, luego de presentar ante el ISS derecho de petición que fue enviado mediante correo certificado, en el cual se solicitaba el cumplimiento de la ley y los decretos que reglamentan la Multivinculación.

Así mismo señala que como respuesta al Derecho de petición, PORVENIR le informó por escrito que presentaba unas inconsistencias, razón por la cual no

¹ Ver folios 71-72 del expediente.

Radicado: 54-001-33-33-003-2012-00078-01
Accionante: Esperanza Yáñez Páez
Auto resuelve recurso apelación

pudo ser vinculada a dicha administradora de fondos de pensiones. Por lo tanto, la recurrente considera que se encuentra claro quién debe ser la entidad vinculada, siendo el ISS por cuanto esa entidad con su respuesta se constituye en renuencia expresa al aducir que “de acuerdo con lo estipulado en el Decreto 3800 quedo definida para el Régimen de Ahorro Individual desde marzo 19 de 1997”, dando una respuesta superflua y no acorde con el ordenamiento jurídico planteado para resolver el caso.

Considera que no sólo cumplió con el requisito del artículo 8 de la ley 393 de 1997 sino que se haya en inminente peligro de sufrir un perjuicio irremediable, debido a que tiene 55 años de edad y el tiempo suficiente para adquirir su pensión con el Régimen de Prima Media con Prestación Definida del Seguro Social. De esta manera, reseña que su derecho a la Seguridad Social está en inminente peligro de ser violentado, afectando su tranquilidad y salud debido a la incertidumbre de su futuro pensional y solicita la prevalencia del derecho sustancial.

Finalmente, menciona que no es Abogada y que con sus conocimientos mínimos entiende que con la simple solicitud de su resolución de Multivinculación, que tiene señalado un marco normativo a su favor, se constituye la renuencia a cumplir.

2. CONSIDERACIONES

2.1. Caso Concreto

La parte recurrente, pretende que se inicie Acción de Cumplimiento en contra del Instituto de los seguros Sociales, el Ministerio de Protección Social y la Asociación Colombiana de Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías para que se dé cumplimiento a lo ordenado en el Decreto 692 de 1994; Decreto 3995 de 2008; Ley 100 de 1993 y Ley 797 de 2003.

Se allega como prueba del cumplimiento del requisito de procedibilidad de la acción de cumplimiento, establecido en el artículo 8 de la ley 393 de 1997, el

Radicado: 54-001-33-33-003-2012-00078-01

Accionante: Esperanza Yáñez Páez

Auto resuelve recurso apelación

derecho de petición elevado ante el Seguro Social, con copia al Ministerio de Protección Social, mediante el cual -según indica la accionante- se efectuó el reclamo del cumplimiento del deber legal que dirime el tema de multivinculación en los casos similares a los de la accionante. Igualmente, se anexan las respuestas dadas al derecho de petición que según se indica en la demanda, demuestran la renuencia o el incumplimiento a las normas que resuelven las situaciones de multivinculación.

En la impugnación señala la accionante que el requisito de la renuencia para la procedibilidad de la presente acción de cumplimiento, se encuentra totalmente agotado, luego de presentar ante el ISS derecho de petición que fue enviado mediante correo certificado, en el cual se solicitaba el cumplimiento de la ley y los decretos que reglamentan la Multivinculación. En este sentido, considera que no sólo cumplió con el requisito del artículo 8 de la ley 393 de 1997 sino que se haya en inminente peligro de sufrir un perjuicio irremediable, debido a que tiene 55 años de edad y el tiempo suficiente para adquirir su pensión con el Régimen de Prima Media con Prestación Definida del Seguro Social.

Por lo anterior, considera la Señora Yáñez Páez que se le debe dar trámite a la Acción de Cumplimiento impetrada contra el Instituto de los Seguros Sociales, el Ministerio de Protección Social y la Asociación Colombiana de Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías para que se dé cumplimiento a lo ordenado en el Decreto 692 de 1994; Decreto 3995 de 2008; Ley 100 de 1993 y Ley 797 de 2003.

2.2. Problema Jurídico a Resolver

Para la Sala el problema jurídico a resolver se contrae a determinar lo siguiente:

- ¿Si el derecho de Petición que aporta la Señora Esperanza Yáñez Páez en la solicitud de Acción de Cumplimiento interpuesta contra el Instituto de los Seguros Sociales, el Ministerio de Protección Social y la Asociación Colombiana de Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías para que se dé cumplimiento a lo ordenado en el Decreto 692 de 1994; Decreto 3995 de 2008; Ley 100 de 1993 y Ley 797 de 2003, se constituye en reclamación válida ante la autoridad que deba cumplir el deber legal o

Radicado: 54-001-33-33-003-2012-00078-01
 Accionante: Esperanza Yáñez Páez
 Auto resuelve recurso apelación

administrativo, constituyendo así la renuencia como requisito previo para que proceda la presente acción?

2.3 Consideraciones de la Sala y Solución al Caso Concreto.

La Acción de Cumplimiento se encuentra prevista en el artículo 87 de la Constitución Nacional, en la cual se establece que:

“Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido”

Sobre la naturaleza y finalidad de esta garantía jurisdiccional de los derechos ha indicado la Corte Constitucional lo siguiente²:

“Uno de los principales mecanismos de acceso a la justicia y de participación de los administrados en la configuración del tipo de comunidad en la que anhelan vivir es la acción de cumplimiento consagrada en el artículo 87 de la Constitución. Mediante la acción de cumplimiento se le otorga a toda persona, natural o jurídica, e incluso a los servidores público, 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 que es omitido por la autoridad, o el particular cuando asume este carácter. De esta manera, dicha acción "se encamina a procurar la vigencia y efectividad material de las leyes – en sentido formal o material – 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.

(...)

En un Estado Social de Derecho en donde el ejercicio del poder está supeditado a la observancia de la Constitución y al imperio de la legalidad, es esencial el respeto por la eficacia material de la normatividad creada por el legislador y de los actos administrativos que dentro del marco de sus respectivas competencias expiden las diferentes autoridades en cumplimiento de los cometidos o tareas a ellas asignadas. En efecto, resulta paradójico que muchas veces las normas quedan escritas, es decir, no tienen ejecución o concreción práctica en la realidad, de modo que el proceso legislativo y su producto se convierten a menudo en inoperantes e inútiles. Igual cosa sucede con los actos administrativos que la administración dicta pero no desarrolla materialmente. En el Estado Social de Derecho que busca la concreción material de sus objetivos y finalidades, ni la función legislativa ni la ejecutiva o administrativa se agotan con la simple formulación de las normas o la expedición de actos administrativos, pues los respectivos cometidos propios de dicho Estado sólo se logran cuando efectiva y realmente tienen cumplimiento las referidas normas y actos”.

² Corte Constitucional (CC). *Caso de la Acción de Inconstitucionalidad contra el artículo 8, parcial, y el artículo 9, parcial, de la Ley 393 de 1997*, Fundamento Jurídico 3.1., Sentencia C-1194 del 15 de noviembre de 2001. M.P. Manuel José Cepeda Espinoza.

Radicado: 54-001-33-33-003-2012-00078-01
 Accionante: Esperanza Yáñez Páez
 Auto resuelve recurso apelación

En este sentido, el Tribunal Constitucional colombiano, al delimitar el ámbito de aplicación de la acción de cumplimiento en el ordenamiento colombiano, señaló que la misma no podía ser entendida como el instrumento idóneo para que la administración reconozca garantías particulares o para plantear en sede judicial el contenido y alcance de algunos derechos que el particular pretende que se le reconozcan. Al respecto indicaba al Corte Constitucional³:

“De este modo, la acción de cumplimiento está encaminada a la ejecución de deberes que emanan de un mandato, contenido en la ley o en un acto administrativo, imperativo, inobjetable y expreso—, y no al reconocimiento por parte de la administración de garantías particulares, o el debate, en sede judicial, del contenido y alcance de algunos derechos que el particular espera que se le reconozca. Tampoco es un mecanismo para esclarecer simplemente el sentido que debe dársele a ciertas disposiciones legales {}, pues a pesar de la legitimidad que asiste a quien promueve todas estas causas, la acción de cumplimiento no resulta ser el medio idóneo para abrir controversias interpretativas lo cual no obsta, claro está, para que con el fin de exigir el cumplimiento de un deber omitido, el contenido y los alcances del mismo sean ineludiblemente interpretado.

Así como el objeto de la acción de cumplimiento no es el reconocimiento de derechos particulares en disputa, tampoco lo es el cumplimiento general de las leyes y actos administrativos. Dicha acción no consagra un derecho a la ejecución general e indiscriminada de todas las normas de rango inferior a la Constitución ni un derecho abstracto al cumplimiento de todo el ordenamiento jurídico. Su objeto fue especificado por el propio constituyente: asegurar el "cumplimiento de un deber omitido" contenido en "una ley o acto administrativo" (artículo 87 C.P.) que la autoridad competente se niega a ejecutar.

Dicho deber no es, entonces, el deber general de cumplir la ley, sino un deber derivado de *un mandato específico y determinado*. Este puede tener múltiples manifestaciones o modalidades, pero no tiene que consistir en una obligación clara, expresa y exigible porque el artículo 87 no consagró una acción de simple ejecución, sino una acción de mayor alcance. Para que pueda exigirse su cumplimiento el deber ha de predicarse de una entidad concreta competente, es decir, que existe jurídica y realmente y es destinataria del mandato contenido en la norma legal o administrativa. La entidad no tiene que haber sido la única destinataria del mandato, puesto que las normas generales que regulan una materia pueden tener como destinatarias, por ejemplo, a las autoridades de determinado sector o a todas las entidades de cierto tipo —*v.gr.* las comisiones de regulación—. De manera tal que el particular, quien actúa en interés propio, en representación de un tercero, o en defensa del interés general, tiene la facultad de exigir, precisamente, la adopción de una decisión, la iniciación o continuación de un procedimiento, la expedición de un acto o la ejecución de una acción material necesaria para que se cumpla el deber omitido, así éste haya sido establecido en una ley que no menciona específicamente a la autoridad renuente³. Negrillas y Subrayado por la Sala.

³ Corte Constitucional (CC). *Caso de la Acción de Inconstitucionalidad contra el artículo 8, parcial, y el artículo 9, parcial, de la Ley 393 de 1997*, Fundamento Jurídico 3.1., Sentencia C-1194 del 15 de noviembre de 2001. M.P. Manuel José Cepeda Espinoza.

Radicado: 54-001-33-33-003-2012-00078-01
Accionante: Esperanza Yáñez Páez
Auto resuelve recurso apelación

Por su parte, el legislador reguló el ejercicio de la Acción de Cumplimiento por medio de la Ley 393 de 1997, el cual limitó su ejercicio al cumplimiento de un requisito previo, estipulado en el artículo 8 de dicha ley y que dispone la obligación de constituir previamente la renuencia de la autoridad obligada a dar cumplimiento a una norma de carácter legal o acto administrativo, estableciendo al respecto:

“La Acción de Cumplimiento procederá contra toda acción u omisión de la autoridad que incumpla o ejecute actos o hechos que permitan deducir inminente incumplimiento de normas con fuerza de Ley o Actos Administrativos. También procederá contra acciones u omisiones de los particulares, de conformidad con lo establecido en la presente Ley.

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. Excepcionalmente se podrá 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.

También procederá para el cumplimiento de normas con fuerza de Ley y Actos Administrativos, lo cual no excluirá el ejercicio de la acción popular para la reparación del derecho”. Negrillas y Subrayado por la Sala.

Así mismo, la ley de desarrollo de la acción de cumplimiento, prevé en su artículo 10, Núm. 5 lo siguiente:

“Prueba de la renuencia, salvo lo contemplado en la excepción del inciso segundo del artículo 8º de la presente Ley, y que consistirá en la demostración de haberle pedido directamente su cumplimiento a la autoridad respectiva”.

Igualmente, la misma normativa en su artículo 12 establece:

“En caso de que no aporte la prueba del cumplimiento del requisito de procedibilidad de que trata el inciso segundo del artículo 8o, salvo que se trate de la excepción allí contemplada, el rechazo procederá de plano”.

Bajo esta perspectiva, en cumplimiento de las directrices de la ley de desarrollo de la acción constitucional de cumplimiento, está totalmente claro que la procedencia de la acción requiere que previamente se cumpla con los requisitos previstos en el artículo 10 de la ley 393 de 1997, ya que si no es así, la solicitud de acción de cumplimiento puede ser inadmitida o incluso rechazada de plano

Radicado: 54-001-33-33-003-2012-00078-01
 Accionante: Esperanza Yáñez Páez
 Auto resuelve recurso apelación

cuando no se aporte la prueba de la renuencia, el cual es requisito de procedibilidad de la acción, de conformidad con lo previsto en el artículo 8 de la citada ley de desarrollo.

Sobre la manera en que se debe probar el cumplimiento de la renuencia ante el Juez, el Consejo de Estado ha señalado⁴:

*“se ha precisado que la prueba de la renuencia de la autoridad obligada a cumplir el deber legal omitido debe consistir, conforme lo prevé el artículo 8º de la Ley 393 de 1997, en que una vez reclamado por el interesado el cumplimiento de un deber legal, la autoridad se haya ratificado en su incumplimiento o no contestado dentro de los diez días siguientes a la solicitud; que además, **si bien es cierto el referido requisito de procedibilidad de la acción de cumplimiento presupone el ejercicio del derecho de petición previsto en el artículo 23 de la Constitución Política, en virtud del cual las personas pueden presentar solicitudes respetuosas a las autoridades, también lo es que la petición para constituir la renuencia es una especie del género que implica el señalamiento de la norma o acto administrativo presuntamente incumplidos, la determinación del alcance del respectivo mandato y los actos o hechos que configuran el incumplimiento o que son indicativos del inminente incumplimiento.**”*
 Negrillas y Subrayado por la Sala.

(...)

*Pese a que la Ley 393 de 1997 no señala cómo debe efectuarse la reclamación, es lógico inferir que no está sometida a formalidades especiales. Sin embargo, del objetivo mismo de la reclamación, que no es otro que exigir el cumplimiento de una norma, es posible concluir que **la solicitud debe contener: i) la petición de cumplimiento de una norma con fuerza material de ley o de un acto administrativo, ii) el señalamiento preciso de la disposición que consagra una obligación, y iii) la explicación del sustento en el que se funda el incumplimiento**”.* Subrayado y negrillas por la Sala.

Ahora bien, teniendo presente la normativa y jurisprudencia reseñada en líneas anteriores sobre la Acción de Cumplimiento, esta Sala debe dilucidar si en el presente caso se encuentra acreditado el cumplimiento del requisito previo de la renuencia como condición de procedibilidad de la acción impetrada por la Señora Esperanza Yáñez Páez. En este sentido, se tiene que de los hechos relatados en la solicitud de acción de cumplimiento y de las pruebas aportadas con la misma, la prueba de la renuencia la materializa la accionante con la presentación de un Derecho de Petición que elevó ante el Seguro Social, con copia al Ministerio de Protección Social, ASOFONDOS y a la Procuradora Delegada para Asuntos del Trabajo y la Seguridad Social.

⁴ Consejo de Estado (CE). Sentencia del 22 de julio de 2005, Expediente No. ACU-0386. Actor: Jairo Grajales y CE. Sección Quinta, Sentencia del 13 de noviembre de 2003. C.P. Darío Quiñones Pinilla.

Radicado: 54-001-33-33-003-2012-00078-01
Accionante: Esperanza Yáñez Páez
Auto resuelve recurso apelación

El referido Derecho de Petición se encuentra a folios 20-24 del expediente y presenta las siguientes características:

- Se encuentra dirigido a la Presidenta del Seguro Social, con copia al Presidente de ASOFONDOS, el Ministro de la Protección Social y la Procuradora Delegada para Asuntos del Trabajo y la Seguridad Social.
- Se invocan los artículos 23 de la Constitución y solicita que se apliquen las normas objeto de la presente acción con el objetivo de dar solución a su afiliación válida al Seguro Social.
- Relaciona las normas que fundamentan su derecho de afiliación al Seguro Social, dentro de las cuales se encuentran las que son objeto de la acción de cumplimiento.
- Se relatan los hechos que dan origen a la petición.
- Para finalizar, la accionante hace una petición específica, solicitando que se resuelva su situación de Multivinculación, determinando que nunca ha pertenecido a un fondo privado de pensiones, en aplicación de las normas referidas.

De las características descritas sobre el derecho de petición presentado por la accionante como prueba de la renuencia de la autoridad, esta Sala debe indicar que no se vislumbra que el mismo tenga las características propias del escrito necesario para constituir la renuencia de la administración. Por el contrario, el referido derecho de petición va encaminado a que a la accionante se le resuelva su situación particular con base en las normas que refiere se están incumpliendo, para intentar la presente acción de cumplimiento. En este sentido, se debe señalar que el referido derecho de petición no cumple con las siguientes condiciones:

1. A pesar de que se le señalan unas normas a la respectiva autoridad para que se apliquen en la situación particular de la Señora Yáñez Páez, no se hace un señalamiento preciso a esa autoridad de las obligaciones derivadas del deber de dar aplicación a dicha normativa. Lo anterior, porque puede acontecer que la aplicación de la norma referida por la accionante en el derecho de petición, no sea aplicable a su situación particular, lo que no significa que la autoridad no la aplique y observe de manera general ante otras situaciones, o que dé aplicación de esas

Radicado: 54-001-33-33-003-2012-00078-01

Accionante: Esperanza Yáñez Páez

Auto resuelve recurso apelación

normas en el caso concreto pero que los supuestos de hecho de la Señora Yáñez Páez no permitan que se materialice el resultado perseguido por la accionante.

2. No hay una explicación clara a la entidad a la cual se eleva el derecho de Petición sobre el incumplimiento en que está incurriendo. Por el contrario, al Instituto de Seguros Sociales se le pone de conocimiento un caso particular –el de la accionante- al cual le solicitan que resuelva su caso con base en la aplicación de dichas normas, pero la intención de la accionante con el derecho de petición no se encuentra dirigido a la constitución de la renuencia, por lo que la autoridad no tuvo la oportunidad de enterarse. En este sentido, puede comprobarse que la petición central de la Señora Yáñez Páez está dirigida a que se resuelva su situación de Multivinculación y se determine que nunca perteneció a un fondo privado de pensiones, decidiéndose que su vinculación ha sido siempre ante el Seguro Social en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Al respecto, la Sala debe resaltar que el cumplimiento de la renuencia como requisito previo a la procedencia de la acción de incumplimiento es un elemento importante como parte del ejercicio de la referida acción. En este sentido, es importante que la autoridad a la cual se quiere constituir en renuencia tenga la oportunidad de conocer el objeto del escrito, pues esto determinará sustancialmente las implicaciones de sus acciones u omisiones en los procesos judiciales respectivos. El Consejo de Estado ha señalado la diferencia que existe entre el derecho de petición que puede ser elevado en interés particular o general y el escrito que se eleva ante la administración u autoridad con el objetivo de constituir la renuencia como requisito previo a la interposición de la acción de cumplimiento⁵:

“Es claro que el ejercicio del derecho de petición, sea en interés particular o en interés general, es una institución muy diferente, con fines, reglas y efectos muy distintos a los de la reclamación prevista en el artículo 8° de la ley 393 de 1997 tendiente a propiciar la renuencia de que en él se habla. Aquél, cuando es en interés particular, como el que se surtió en el presente caso, se dirige a obtener la satisfacción de un interés particular, como, por ejemplo, el reconocimiento de un derecho; da lugar a una actuación administrativa que ha de culminar con una decisión, favorable o

⁵ CE. Sección Primera, Sentencia del 4 de marzo de 1999. C.P. Libardo Rodríguez Rodríguez.

Radicado: 54-001-33-33-003-2012-00078-01

Accionante: Esperanza Yáñez Páez

Auto resuelve recurso apelación

desfavorable, revestida del carácter de acto administrativo, pasible a su vez de ser controvertido ante la misma administración por vía gubernativa y ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

"Su ejercicio no necesariamente presupone incumplimiento de norma legal o administrativa alguna por parte de la Administración, sino y usualmente, la ocurrencia de los supuestos o estado de cosas que le dan nacimiento al derecho que se pide, o un especial interés en obtener la concesión de algún beneficio y derecho autorizado por la ley o el reglamento.

"Mientras que la reclamación aquí omitida presupone que la Administración se encuentra incurso en el incumplimiento de una cualquiera de tales normas, esto es, que dadas las circunstancias que le imponen la obligación directa e inmediata, esto es de forma clara y exigible, de darle cumplimiento, no lo hace.

"Sobre el particular, a propósito de una situación similar, la Sala dejó sentado:

"No es cuestión de revestir de formalidades inexistentes e innecesarias a la susodicha reclamación, sino de hacer valer reglas mínimas de claridad y transparencia entre los sujetos procesales de la acción, a las cuales tienen derecho tanto los particulares como las autoridades, ya que de sus actos y pronunciamientos se pueden derivar implicaciones jurídicas en los procesos judiciales respectivos, reglas que emergen de la misma figura jurídica en estudio: el requerimiento para la constitución de renuencia, cuya consagración específica por el artículo 8° en cita no admite discusión, y en este sentido tiene entidad propia frente a otras figuras que pueden parecer semejantes, pero que resultan distintas, como el ejercicio del derecho de petición en interés general, o en interés particular, o el de la denuncia, la queja, la querrela, etc.

"Tales reglas son: el propósito, constituir la renuencia; el objeto, reclamar el cumplimiento del deber legal o administrativo, lo que supone, como se dijo, indicación de la norma incumplida y la acción u omisión que origina el incumplimiento; posibilidad de que la autoridad se ratifique o no en el incumplimiento, y término de diez (10) días para contestar la solicitud; y si se está en la situación de excepción que permita prescindir de ella, tal situación deberá ser sustentada en la demanda⁶.

De suerte que una cosa es la respuesta desfavorable de la Administración a una petición en interés particular, como es la esgrimida en el presente caso, y otra muy distinta la renuencia tendiente a abrirle el camino a la acción de cumplimiento, y como ésta no aparece acreditada en el sub lite, la acción resulta improcedente a la luz del artículo 8o en cita de la ley 393 de 1997, de donde la sentencia se confirmará, pero por las razones aquí expuestas y no por las aducidas por el a quo". Negrillas y Subrayado por la Sala.

Así las cosas, de conformidad con lo reseñado en líneas anteriores, para esta Sala está claro que en el presente caso la Señora Esperanza Yáñez Páez no cumplió con la obligación de requerir previamente a la respectiva autoridad para que hiciere cumplimiento de las normas que considera se están incumpliendo

⁶ Sentencia de 14 de mayo de 1998, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, expediente núm. ACU 257, actor: Guillermo Leonel Vargas, Consejero ponente, doctor Juan Alberto Polo Figueroa.

Radicado: 54-001-33-33-003-2012-00078-01

Accionante: Esperanza Yáñez Páez

Auto resuelve recurso apelación

por la parte demandada, cuando tenía el deber de darle cumplimiento. En este sentido, se considera que de conformidad con la normativa y la jurisprudencia reseñada en líneas anteriores, en el presente caso el hecho de que el Instituto de los Seguros Sociales hubiera dado respuesta desfavorable a la petición particular que hiciera la Señora Yáñez Páez no configura la renuencia que el legislador ha previsto para el ejercicio de la acción constitucional de cumplimiento, puesto que el escrito presentado por la accionante tenía como objeto la solución de su situación pensional con base a la normativa objeto de la presente acción, pero en ningún momento estuvo destinada a constituir la renuencia del Seguro Social, por lo cual no se le presto la oportunidad para que esta entidad conociera su deber de hacer cumplir una normativa que según la Señora Yáñez Páez tenía el deber de dar cumplimiento.

Por todo lo expuesto, la decisión de la Sala no puede ser otra que la de confirmar en todas sus partes el auto del Treinta (30) de Agosto de dos mil doce (2012) proferido por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cúcuta, mediante el cual se rechazó la demanda promovida por la Señora Esperanza Yáñez Páez contra el Instituto de los Seguros Sociales, el Ministerio de la Protección Social y la Asociación Colombiana de Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías.

En consecuencia, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, en nombre de la república de Colombia, administrando justicia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en todas sus partes el auto de fecha Treinta (30) de Agosto de dos mil doce (2012) proferido por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cúcuta, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Radicado: 54-001-33-33-003-2012-00078-01

Accionante: Esperanza Yáñez Páez

Auto resuelve recurso apelación

SEGUNDO: Una vez en firme este proveído, devuélvase al Juzgado de origen, previas las anotaciones secretariales a que haya lugar.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(Esta providencia fue discutida y aprobada en sesión a Sala de Decisión N° 3 del 1 de
Noviembre de 2012)

ORIGINAL FIRMADO

CARLOS MARIO PEÑA DÍAZ

Magistrado

ORIGINAL FIRMADO

EDGAR ENRIQUE BERNAL JÁUREGUI

Magistrado

ORIGINAL FIRMADO

MARIBEL MENDOZA JIMÉNEZ

Magistrada