



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de agosto de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 25000-23-41-000-2018-00586-01

Actor: PROCURACIONES PARA TERCEROS S.A.S. – PRO 3 S.A.S.

Demandado: FONDO DE PASIVO SOCIAL FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

Asunto: Acción de Cumplimiento – Fallo de Segunda Instancia

La Sala decide las impugnaciones interpuestas por el Procurador 29 Judicial II para Asuntos Administrativos y la entidad demandada contra la sentencia de 10 de julio de 2018, a través de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Primera – Subsección “A” accedió a las pretensiones de la presente acción de cumplimiento.

1. ANTECEDENTES

1.1. Solicitud

A través de escrito presentado el 31 de mayo de 2018¹ ante la Secretaría de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la sociedad Procuraciones para Terceros – PRO3 S.A.S. (en adelante PRO3 S.A.S.), a través de su representante legal, demandó del Fondo de Pasivo Social Ferrocarriles Nacionales de Colombia (en adelante Fondo), el cumplimiento del artículo 6 de la Ley 1527 de 2012, con el fin de que este último: **(i)** deduzca, retenga y gire de las sumas de dinero que haya de pagar a sus pensionados y/o trabajadores los valores que éstos adeuden por las libranzas que otorgaron en beneficio de la parte demandante, en su calidad de empresa operadora de libranzas; y, **(ii)** consigne las anteriores sumas de dinero descontadas de las respectivas nóminas.

¹ Ver folios 1 a 7.



1.2. Hechos

La Sala sintetiza los supuestos fácticos de la demanda así:

- El 23 de abril de 2018 la sociedad PRO3 S.A.S. radicó ante el Fondo una solicitud con el fin de realizar un acuerdo para determinar los términos técnicos para que este último deduzca, retenga y gire de las sumas de dinero que haya de pagar a sus trabajadores y pensionados, los valores que estos adeuden a la primera, en su calidad de empresa operadora de libranzas, según lo previsto en el artículo 6 de la Ley 1527 de 2012. Con dicha comunicación allegó el modelo del acuerdo.
- El 2 de mayo de 2018 la parte actora radicó ante la entidad demandada una petición para solicitar al Fondo la realización de los descuentos previstos en el artículo 6 de la Ley 1527 de 2012, con el fin de constituirla en renuencia.

1.3. Pretensiones

En la demanda se formularon las siguientes pretensiones:

“(...) PRIMERO: Que se declare que el accionado FONDO DE PASIVO SOCIAL FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA está obligado a darle cumplimiento a lo ordenado por el artículo 6º de la Ley 1527 de 2012 (...)

SEGUNDO: Que como consecuencia de la declaración anterior:

A. Se ordene al accionado deducir, retener y girar las sumas de dinero que ordenaron los pensionados y/o trabajadores del FONDO DE PASIVO SOCIAL FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA en las libranzas que otorgaron en beneficio de la empresa operadora de libranzas PROCURACIONES PARA TERCEROS S.A.S.

B. Se ordene al FONDO DE PASIVO SOCIAL FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA consignar las anteriores sumas de dinero descontados (sic) de las nóminas de los pensionados, en la cuenta número 457900037906 cuenta de ahorros del banco DAVIVIENDA (...)”

1.4. Trámite en primera instancia

La presente acción de cumplimiento fue conocida en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Primera –



Subsección “A”, quien la admitió mediante auto de 5 de junio de 2018,² en el cual el Magistrado Ponente ordenó notificar al Director del Fondo, como autoridad demandada. Así mismo, vinculó al proceso al Ministerio de Salud y Protección Social.

1.5. Informes

A través de escrito radicado el 12 de junio de 2018,³ la apoderada judicial del Ministerio de Salud y Protección Social solicitó “*negar por improcedente*” la acción de cumplimiento, toda vez que no se constituyó en renuencia a la entidad demandada. Así mismo, señaló que la sociedad demandante cuenta con otro mecanismo judicial idóneo y expedito para hacer valer sus pretensiones, tal como la acción de tutela.

1.6. Concepto del Ministerio Público

En concepto presentado el 22 de junio de 2018,⁴ el Procurador 29 Judicial II para Asuntos Administrativos solicitó “*denegar por improcedente*” la acción de cumplimiento, dado que el artículo 6 de la Ley 1527 de 2012 no contiene un mandato imperativo e inobjetable.

Lo anterior, porque: **(i)** la norma no consagra las condiciones y requisitos que deben cumplirse para atender el deber legal que se impone a la entidad pagadora; **(ii)** las obligaciones de deducir, retener y girar a cargo de la entidad pagadora están condicionadas a los términos técnicos establecidos en el acuerdo que debió constituirse con la entidad operadora las libranzas; **(iii)** la demanda no se orientó a hacer cumplir el acuerdo técnico sino el mandato legal en lo que respecta al deber de deducir, retener y girar a cargo de la entidad pagadora de los dineros de las libranzas.

Sin perjuicio de lo anterior, solicitó remitir copias de esta actuación a la Procuraduría General de la Nación, para que en el marco de su competencia determine si existe en este caso alguna responsabilidad disciplinaria de los empleados de la entidad accionada, con ocasión de la violación sistemática del derecho de petición, aunado a su silencio en el trámite constitucional.

² Ver folio 29.

³ Ver folios 35 a 40.

⁴ Ver folios 56 a 60.



1.6. Sentencia impugnada

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Primera – Subsección “A”, en sentencia de 10 de julio de 2018,⁵ declaró que el Fondo incumplió el mandato contenido en el artículo 6 de la Ley 1527 de 2012 y, en consecuencia, le ordenó que dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, contadas a partir de la notificación del fallo, proceda a constituir el acuerdo técnico con la sociedad PRO3 S.A.S., para deducir, retener y girar los dineros que haya de pagar de sus afiliados y pensionados a la entidad operadora de libranzas, previo estudio y cumplimiento de todos los requisitos consagrados en dicha ley.

El *a quo* señaló que el artículo 6 de la Ley 1527 de 2012 contiene dos obligaciones a cargo del empleador o de la entidad pagadora: **(i)** por un lado, deducir, retener y girar de las sumas de dinero que haya de pagar a sus asalariados, contratistas o pensionados, los valores que éstos adeuden a la entidad operadora, para ser depositados a órdenes de ésta, previo consentimiento expreso, escrito e irrevocable del asalariado, contratista, afiliado o pensionado, en los términos técnicos establecidos en el acuerdo; y, **(ii)** por otro lado, constituir el acuerdo con la entidad operadora.

En ese sentido, advirtió que ambas obligaciones se encuentran incumplidas por parte del Fondo, en especial porque la entidad demandada no probó haber suscrito el acuerdo técnico para efectos de transferir las sumas retenidas de las nóminas a favor de las entidades operadoras de libranzas.

Agregó que no es procedente ordenar que se retengan las sumas de dinero y que éstas sean giradas a favor de la operadora de libranzas, ya que dichas pretensiones son peticiones subjetivas que requieren el cumplimiento de condiciones previas que no fueron demostradas en el proceso.

La anterior decisión fue notificada a través de correos electrónicos remitidos a las partes el 13 de julio de 2018.⁶

⁵ Ver folios 61 a 68.

⁶ Ver folios 69 a 75.



1.7. Impugnaciones

1.7.1. Procurador 29 Judicial II para Asuntos Administrativos

Por medio de escrito radicado el 17 de julio de 2018,⁷ el Procurador 29 Judicial II para Asuntos Administrativos impugnó la sentencia por los siguientes motivos:

Explicó que a partir de las premisas fácticas y jurídicas de la providencia impugnada, no puede llegarse a la conclusión que la entidad demandada haya incumplido el artículo 6º de la Ley 1527 de 2017 porque: **(i)** la norma no establece el plazo dentro del cual la entidad pagadora debe suscribir el acuerdo técnico con el operador de libranzas; **(ii)** si se trata de un acuerdo, no es posible que judicialmente se ordene a unas de las partes la constitución del mismo, dado que para tal fin se requiere la voluntad de ambas; **(iii)** el referido artículo no establece la forma de pago de los dineros a descontar, la forma de acreditarlo y las condiciones que la entidad pagadora puede exigir para hacer los descuentos, todo lo cual debe estar contenido en el acuerdo técnico; **(iv)** la demanda no se orientó a hacer cumplir el acuerdo técnico, sino a que el Fondo deduzca, retenga y gire a cargo de la sociedad PRO3 S.A.S. los dineros de las libranzas; **(v)** en el expediente no hay prueba de que no se haya suscrito el acuerdo técnico.

Agregó que en el presente caso no hay prueba de que se haya constituido en renuencia a la parte demandada, máxime porque en la petición elevada el 2 de mayo de 2018 la actora no solicitó al Fondo la suscripción del acuerdo técnico, sino que su interés fue que se hicieran los descuentos de las libranzas y la transferencia a la cuenta bancaria allí indicada.

Luego, ahondó en las razones por las cuales, desde la argumentación lógica, las premisas expuestas por el Tribunal no permiten llegar a la conclusión expuesta en el fallo impugnado.

Posteriormente, solicitó aplicar el artículo 9 de la Ley 393 de 1997, con el fin de que se remita el expediente para que se le imparta el trámite de la acción de tutela.

⁷ Ver folios 629 a 636.



Por último, insistió en que se ordene remitir copias de esta actuación a la Procuraduría General de la Nación, para que en el marco de su competencia determine si existe en este caso alguna responsabilidad disciplinaria de los empleados de la entidad accionada, con ocasión de la violación sistemática del derecho de petición, aunado a su silencio en el trámite constitucional.

1.7.2. Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia

En escrito presentado el 18 de julio de 2018⁸ el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la entidad solicitó revocar el fallo impugnado por las siguientes razones:

Manifestó que la sociedad actora solicitó la asignación del código de descuento por nómina de pensionados mediante escrito radicado No. 201822001010922 de 30 de abril de 2018, frente a lo cual el Fondo emitió la respuesta No. 20183090086551 de 5 de mayo de 2018, en el que le indicó que le faltó aportar la certificación o constancia expedida por la Superintendencia en el cual se indique que se encuentra habilitada para ejercer libremente su actividad como operador de libranzas y que además no se encuentra sancionada, intervenida, liquidada, en proceso de liquidación o en proceso de desmonte de su actividad financiera.

Indicó que luego la demandante allegó una certificación expedida por la Coordinadora del Grupo de Atención al Ciudadano de la Superintendencia de Sociedades. Sin embargo, advirtió que en dicho documento no se señaló que la sociedad PRO3 S.A.S. se encuentra habilitada para ejercer libremente su actividad como operador de libranzas y que además no se encuentra sancionada, intervenida, liquidada, en proceso de liquidación o en proceso de desmonte de su actividad financiera.

Por la anterior razón, en el aviso publicado en la página web oficial del Fondo en el cual se dio a conocer la información relacionada con las personas jurídicas que solicitaron por primera vez la asignación del

⁸ Ver folios 81 a 84.



código de descuento se advirtió que a dicha sociedad no le fue aprobado el referido código.

Consecuentemente, concluyó que el Fondo no está incumpliendo ninguna norma, porque si bien la parte actora requirió la asignación del código de descuento, éste no fue aprobado debido a que no cumplió los requisitos exigidos para tal fin.

2. CONSIDERACIONES

2.1. Competencia

Esta Sección es competente para resolver la impugnación contra el fallo de primera instancia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 125, 150 y 243 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –C.P.A.C.A.– Ley 1437 de 2011,⁹ y el Acuerdo 015 de 22 de febrero de 2011 de la Sala Plena del Consejo de Estado que establece la competencia de la Sección Quinta de esta Corporación para conocer de las *“apelaciones contra las providencias susceptibles de ese recurso que se dicten por los Tribunales Administrativos en primera instancia en las acciones de cumplimiento”*.

2.2. Generalidades de la acción de cumplimiento¹⁰

La acción de cumplimiento está instituida en el artículo 87 de la Constitución Política, como un mecanismo para que toda persona pueda *“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”*. En igual sentido, el artículo 1° de la Ley 393 de 1997 precisa que *“Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial definida en esta Ley para hacer efectivo el cumplimiento de normas aplicables con fuerza material de Ley o actos administrativos”*.

⁹ “Artículo 150. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia. (...)”

¹⁰ Al respecto pueden consultarse, entre otras, las siguientes providencias dictadas por esta Sección: sentencia de 15 de diciembre de 2016, Expediente: 25000-23-41-000-2016-00814-01; 26 de mayo de 2016, Expediente: 52001-23-33-000-2016-00136-01, con ponencia de Alberto Yepes Barreiro; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 10 de noviembre de 2016, radicación 20001-23-33-000-2016-00371-01 CP Alberto Yepes Barreiro ; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 2 de febrero de 2017, radicación 11001-33-42-048-2016-00636-01 CP. Lucy Jeannette Bermúdez (E).



Teniendo en cuenta que Colombia es un Estado Social de Derecho y que dentro de sus fines esenciales está el de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; y que las autoridades de la República están instituidas, entre otras cosas, para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares (artículo 2º de la Constitución Política), la acción en estudio permite la realización de este postulado logrando la eficacia material de la ley y de los actos administrativos expedidos por las diferentes autoridades en cumplimiento de sus funciones públicas.

De este modo, la acción de cumplimiento constituye el instrumento adecuado para demandar de las autoridades o de los particulares que ejercen funciones públicas, la efectividad de las normas con fuerza material de ley y de los actos administrativos.

Como lo señaló la Corte Constitucional *“el objeto y finalidad de esta acción es otorgarle a toda persona, natural o jurídica, e incluso a los servidores públicos, la posibilidad de acudir ante la autoridad judicial para exigir la realización o el cumplimiento del deber que surge de la ley o del acto administrativo y que es omitido por la autoridad, o el particular cuando asume este carácter. De esta manera, la referida acción se encamina a procurar la vigencia y efectividad material de las leyes y de los actos administrativos, lo cual conlleva la concreción de principios medulares del Estado Social de Derecho, que tienden a asegurar la vigencia de un orden jurídico, social y económico justo”* (subraya fuera del texto) ¹¹.

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

- i) Que el deber que se pide hacer cumplir se encuentre consignado en normas aplicables con fuerza material de ley o actos administrativos vigentes (Art. 1º)¹².
- ii) Que el mandato sea imperativo e inobjetable y que esté radicado en cabeza de aquella autoridad pública o del particular en ejercicio de funciones públicas que deba cumplir y frente a los cuales se haya dirigido la acción de cumplimiento (Arts. 5º y 6º).

¹¹ Corte Constitucional, sentencia C-157 de 1998. Magistrados Ponentes Drs. Antonio Barrera Carbonell y Hernando Herrera Vergara.

¹² Esto excluye el cumplimiento de las normas de la Constitución Política, que por lo general consagran principios y directrices.



iii) Que el actor pruebe la renuencia de la entidad accionada frente al cumplimiento del deber, antes de instaurar la demanda, bien sea por acción u omisión del exigido o por la ejecución de actos o hechos que permitan deducir su inminente incumplimiento (Art. 8º). El artículo 8 señala que, excepcionalmente, se puede prescindir de este requisito *“cuando el cumplirlo a cabalidad genere el inminente peligro de sufrir un perjuicio irremediable”* caso en el cual deberá ser sustentado en la demanda.

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

2.2.1. Normas contra las que procede la acción de cumplimiento y requisitos

Se ha establecido que las fuentes del derecho sobre las cuales recae la acción de cumplimiento comprenden tanto la ley en sentido formal como la ley en sentido material, esto último desde la óptica de aquellos decretos con fuerza de ley o con vocación legislativa dictados por el Presidente de la República, en desarrollo de las facultades conferidas por los artículos 150-10, 212, 213, 215 y 341 de la Constitución Política.¹³

Sin dejar a un lado, la procedencia de la acción de cumplimiento contra los actos administrativos de contenido general o particular, bajo el entendido que éstos reflejan la voluntad unilateral de la administración de producir efectos jurídicos, se precisa lo anterior, si se tiene en cuenta que no es dable el mecanismo constitucional previsto en el artículo 87 constitucional frente a actos de mera ejecución, pues tales determinaciones no tienen la categoría de un verdadero acto administrativo, ya que solo se limitan a materializar una orden judicial o administrativa.¹⁴

¹³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", Consejero ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce, 21 de enero de 1999, radicado ACU-546.

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Quinta, M.P Alberto Yepes Barreiro, expediente 25000-23-41-000-2013-00486-01



Dentro de este contexto, resulta pertinente manifestar que es inadecuada la acción de cumplimiento en relación con normas fundamentales, *“pues el propio Constituyente la diseñó para exigir la efectividad de normas de inferior jerarquía. De hecho, a esta misma conclusión llegó la Corte Constitucional en sentencia C-193 de 1998, al concluir que no procede ésta acción constitucional para exigir el cumplimiento de normas supremas”*¹⁵.

Ahora bien, frente al requisito de la renuencia, resulta pertinente manifestar que el mismo se constituye en una exigencia de procedibilidad de la acción, y para ello, es necesario que el demandante previamente a acudir a la jurisdicción, haga una solicitud expresa de cumplimiento a la autoridad pública o al particular que ejerce funciones públicas sobre la ley o el acto administrativo objeto de requerimiento, lo cual puede realizarse a través del derecho de petición pero enfocado al fin reseñado.¹⁶

Por su parte, la subsidiariedad implica la improcedencia de la acción, si se cuenta con otros mecanismos de defensa jurídica para lograr el efectivo cumplimiento de ley o del acto administrativo, salvo que se esté en presencia de una situación gravosa o urgente, que haga desplazar el instrumento judicial ordinario, como salvaguarda de un perjuicio irremediable. Igual a lo que acaece frente a la tutela, pues se trata de instrumentos judiciales residuales y no principales.

Lo cual se explica en *“garantizar que la resolución de las diferencias jurídicas sea efectuada por el juez natural, bajo el trámite que el ordenamiento jurídico ha establecido para ello y evitar la alteración de las competencias que han sido radicadas en las diferentes jurisdicciones. No puede entenderse que el Constituyente haya creado la acción de cumplimiento como un instrumento paralelo a los medios judiciales ordinarios; por ello la causal señalada, le imprime a la acción de cumplimiento el carácter de mecanismo residual y subsidiario. En el evento consagrado como excepción, la norma habilita al Juez de la acción de cumplimiento para que, pese a la existencia de un instrumento judicial, se pronuncie de fondo en relación con la solicitud, pero siempre y cuando se acrediten los presupuestos de necesidad, urgencia, gravedad e inminencia del perjuicio...”*¹⁷.

¹⁵ Sentencia de 3 de junio de 2004, Rad. 44001-23-31-000-2004-0047-01(ACU)

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Quinta Consejera Ponente Dra. Susana Buitrago Valencia (E). 9 de mayo de 2012, 76001-23-31-000-2011-00891-01 (ACU).

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Quinta Consejero ponente, Alberto Yepes Barreiro, 1 de noviembre de 2012, radicado 76001-23-31-000-2012-00499-01(ACU).



Como consecuencia de lo anterior, y a manera enunciativa por vía de ejemplo, la acción constitucional en estudio no procede para exigir el cumplimiento de obligaciones consagradas en los contratos estatales,¹⁸ imponer sanciones,¹⁹ hacer efectivo los términos judiciales de los procesos,²⁰ o perseguir indemnizaciones,²¹ por cuanto, para dichos propósitos, el ordenamiento jurídico establece otros cauces procesales, al tratarse de situaciones administrativas no consolidadas.

Asimismo, por expresa disposición legislativa la acción de cumplimiento no se puede incoar frente a normas que generen gastos,²² a menos que estén apropiados;²³ o cuando se pretenda la protección de derechos fundamentales, en este último caso el juez competente deberá convertir el trámite en el mecanismo previsto por el artículo 86 Superior.²⁴

2.2.2. La diferencia entre la acción de cumplimiento con otras acciones constitucionales

Finalmente, pertinente resulta resaltar, por pedagogía, la diferencia que existe entre la acción de cumplimiento con otras de categoría constitucional como son las populares, de grupo o de tutela, veamos:

La acción de cumplimiento y la popular tienen como rasgo distintivo en que la primera *“busca la protección del ordenamiento jurídico y en algunos casos la eficacia del derecho del particular, contenido en una norma legal...”*²⁵, por su parte la segunda *“procura la protección de derechos e intereses colectivos, a través de medidas dirigidas a evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio o la restitución de las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.”*²⁶

Y, la diferencia entre la acción de cumplimiento y la de tutela es explicada por la jurisprudencia constitucional al señalar:

¹⁸ Consejo de Estado, sentencia del 28 de septiembre de 1999, expediente ACU-927.

¹⁹ Consejo de Estado, sentencia del 18 de febrero de 1999, expediente ACU-585.

²⁰ Consejo de Estado, sentencia del 3 de diciembre de 1997, expediente ACU-088.

²¹ Consejo de Estado, sentencia del 1 de octubre de 1998, expediente ACU-403.

²² Consejo de Estado, sentencia del 15 de marzo de 2001, expediente, radicado 05001-23-31-000-2000-4673-01(ACU).

²³ Consejo de Estado, sentencia de 14 de mayo de 2015, expediente, radicado 25000-23-41-000-2015-00493-01, C.P. Alberto Yepes Barreiro.

²⁴ Sentencia ibídem.

²⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia 28 de octubre de 2003, radicado 25000-23-25-000-2004-0903-01(AP).

²⁶ Sentencia ibídem.



“Cuando lo que se busca es la protección directa de derechos constitucionales fundamentales que pueden verse vulnerados o amenazados por la omisión de la autoridad, se está en el ámbito de la acción de tutela. Cuando lo que se busca es la garantía de derechos de orden legal o lo que se pide es que la administración de aplicación a un mandato de orden legal o administrativo que sea específico y determinado, lo que cabe en principio, es la acción de cumplimiento”²⁷.

Por su parte, la acción de grupo es disímil a la de cumplimiento, ya que la primera de ellas centra su objetivo en la reparación de los daños ocasionados a un grupo de personas que no puede ser inferior a veinte, mientras la figura jurídica del artículo 87 constitucional se contrae en la búsqueda de la efectividad de las leyes o los actos administrativos.

2.3. Análisis del caso concreto

Hechas las anteriores precisiones le corresponde a la Sala determinar si confirma, revoca o modifica la sentencia de primera instancia que accedió a las pretensiones de la acción de cumplimiento formulada por la sociedad PRO3 S.A.S. contra el Fondo. Para el efecto, analizará los presupuestos para la prosperidad de la acción.

2.3.1. Lo que se pide cumplir

En la demanda se pretende el cumplimiento del artículo 6 de la Ley 1527 de 2012 que dispone:

“ARTÍCULO 6o. OBLIGACIONES DEL EMPLEADOR O ENTIDAD PAGADORA. *Todo empleador o entidad pagadora estará obligada a deducir, retener y girar de las sumas de dinero que haya de pagar a sus asalariados, contratistas, afiliados o pensionados, los valores que estos adeuden a la entidad operadora para ser depositados a órdenes de esta, previo consentimiento expreso, escrito e irrevocable del asalariado, contratista, afiliado o pensionado en los términos técnicos establecidos en el acuerdo que deberá constituirse con la entidad operadora, en virtud a la voluntad y decisión que toma el beneficiario al momento de escoger libremente su operadora de libranza y en el cual se establecerán las condiciones técnicas y operativas necesarias para la transferencia de los descuentos. El empleador o entidad pagadora no podrá negarse injustificadamente a la suscripción de dicho acuerdo.*

La entidad pagadora deberá efectuar las libranzas o descuentos autorizados de la nómina, pagos u honorarios, aportes o pensión de los beneficiarios de los créditos y trasladar dichas cuotas a las entidades operadoras correspondientes, dentro de los tres días hábiles siguientes de haber

²⁷ C-1194/01



efectuado el pago al asalariado, contratista, afiliado, asociado o pensionado en el mismo orden cronológico en que haya recibido la libranza o autorización de descuento directo.

Igualmente, el empleador o entidad pagadora tendrá la obligación de verificar, en todos los casos, que la entidad operadora se encuentra inscrita en el Registro Único Nacional de Entidades Operadores de Libranza.

PARÁGRAFO 1o. *Si el empleador o entidad pagadora no cumple con la obligación señalada en el presente artículo por motivos que le sean imputables, será solidariamente responsable por el pago de la obligación adquirida por el beneficiario del crédito.*

PARÁGRAFO 2o. *En caso de desconocerse el orden de giro estipulado en este artículo, el empleador o entidad pagadora será responsable por los valores dejados de descontar al asalariado, asociado, afiliado o pensionado por los perjuicios que le sean imputables por su descuido.”*

Lo anterior con el fin de que el Fondo: **(i)** deduzca, retenga y gire de las sumas de dinero que haya de pagar a sus pensionados y/o trabajadores los valores que éstos adeuden por las libranzas que otorgaron en beneficio de la parte demandante, en su calidad de empresa operadora de libranzas; y, **(ii)** consigne las anteriores sumas de dinero descontadas de las respectivas nóminas.

2.3.2. De la renuencia²⁸

Como se explicó previamente, la procedencia de la acción de cumplimiento se supedita a la constitución en renuencia de la autoridad, que **consiste en el reclamo previo y por escrito que debe elevarle el interesado exigiendo atender un mandato legal o consagrado en acto administrativo con citación precisa de éste y que ésta se ratifique en el incumplimiento o no conteste en el plazo de diez días siguientes a la presentación de la solicitud.**

Para el cumplimiento de este requisito de procedibilidad la Sala, ha señalado que *“...el reclamo en tal sentido no es un simple derecho de petición sino una solicitud expresamente hecha con el propósito de cumplir el requisito de la renuencia para los fines de la acción de cumplimiento²⁹...”*.

²⁸ Lo mismo se reitera en Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 15 de diciembre de 2015, radicación 25000-23-41-000-2016-02003-01 CP. Lucy Jeannette Bermúdez; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 17 de noviembre de 2016, radicación 15001-33-33-000-2016-00690-01 CP. Lucy Jeannette Bermúdez; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 15 de septiembre de 2016, radicación 15001-23-33-000-2016-00249-01 CP. Lucy Jeannette Bermúdez.

²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, providencia del 20 de octubre de 2011, Exp. 2011-01063, C.P. Dr. Mauricio Torres Cuervo.



Sobre este tema, esta Sección³⁰ ha dicho que:

“Para entender a cabalidad este requisito de procedencia de la acción es importante tener en cuenta dos supuestos: La reclamación del cumplimiento y la renuencia.

*El primero, se refiere a la solicitud dirigida a la autoridad o al particular que incumple la norma, la cual constituye la base de la renuencia, que **si bien no está sometida a formalidades especiales, se ha considerado que debe al menos contener: La petición de cumplimiento de una norma con fuerza material de ley o de un acto administrativo; el señalamiento preciso de la disposición que consagra una obligación y la explicación del sustento en el que se funda el incumplimiento.***

Por su parte, la renuencia al cumplimiento puede configurarse en forma tácita o expresa, puesto que se presenta cuando el destinatario del deber omitido expresamente ratifica el incumplimiento o si transcurridos 10 días desde la presentación de la solicitud, la entidad o el particular guardan silencio con relación a la aplicación de la norma. Esto muestra que el requisito de procedencia de la acción prueba la resistencia del destinatario de la norma a cumplir con ella.

Así las cosas, para probar la constitución de la renuencia expresa es necesario analizar tanto la reclamación del cumplimiento como la respuesta del destinatario del deber omitido, puesto que la primera delimita el marco del incumplimiento reclamado. Y, para demostrar la renuencia tácita es necesario estudiar el contenido de la petición de cumplimiento que previamente debió formular el demandante, pues, como se dijo, aquella define el objeto jurídico sobre el cual versará el procedimiento judicial para exigir el cumplimiento de normas con fuerza material de ley o actos administrativos³¹” (Negritas fuera de texto).

En efecto, el inciso segundo del artículo 8º de la Ley 393 de 1997 establece lo siguiente:

“Con el propósito de constituir la renuencia, la procedencia de la acción requerirá que el accionante previamente haya reclamado el cumplimiento del deber legal o administrativo y la autoridad se haya ratificado en su incumplimiento o no contestado dentro de los diez (10) días siguientes a la presentación de la solicitud”.

Por otra parte, para dar por satisfecho este requisito no es necesario que el solicitante, en su petición, haga mención explícita y expresa que su objetivo es constituir en renuencia a la autoridad, pues el artículo 8º de la Ley 393 de 1997 no lo prevé así; por ello, **basta con advertir del contenido de la petición que lo pretendido es el cumplimiento de**

³⁰ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia del 9 de junio de 2011, expediente 47001-23-31-000-2011-00024-01. Consejera Ponente: Doctora Susana Buitrago.

³¹ Sobre el tema, Consejo de Estado, Sección Quinta, providencia del 24 de junio de 2004, exp. ACU-2003-00724, MP.: Darío Quiñones Pinilla.



un deber legal o administrativo y, que de éste pueda inferirse el propósito de agotar el requisito en mención.

Por lo tanto, la Sección debe estudiar si la parte demandante acreditó que constituyó en renuencia a la autoridad demandada antes de presentar la acción.

Con la demanda la sociedad actora allegó dos escritos con fecha de 2 de mayo de 2018, en los cuales solicitó al Fondo “(...) *darle cumplimiento al artículo 6º inciso primero de la Ley 1527 de 2012 y por lo tanto se sirvan efectuar los descuentos de las cuotas ordenadas en las libranzas [Nos. 63000004890, 06000020063, 74000008134, 060000020104, 63000004918, 02000023845, 63000004906] (...). En consecuencia de lo anterior, se sirva consignar el valor tal de las sumas deducidas y retenidas en el Banco Davivienda, cuenta de ahorros 457900037906 a nombre de PROCURACIONES PARA TERCEROS S.A.S. PRO3 SAS (...)*”. Así mismo, allegó la constancia de envío de dichos documentos.

Del análisis de los documentos descritos en precedencia se desprende que en el caso concreto **el requisito de procedibilidad sí se encuentra satisfecho**, comoquiera que la parte actora, previo a acudir al juez constitucional, solicitó al Fondo el cumplimiento del artículo 6 de la Ley 1527 de 2012, norma que invocó como desconocida en su demanda, con el fin de que dicha entidad efectuara el descuento de las cuotas ordenadas en las referidas libranzas y realizara su posterior consignación.

Por último, resulta relevante para la Sala precisar que la renuencia debe entenderse como la negativa del ente accionado frente a la solicitud de cumplimiento de la disposición, bien porque no dé respuesta oportunamente, o porque aunque sea emitida en tiempo, resulte contraria al querer del ciudadano; aspecto que también se encuentra acreditado en el caso sometido a consideración de la Sección, puesto que la entidad no dio respuesta al requerimiento.

2.3.3. De la procedencia de la acción de cumplimiento

2.3.3.1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 9º de la Ley 393 de 1997, la acción de cumplimiento no procederá cuando el afectado tenga o haya tenido otro instrumento de defensa judicial para lograr el



efectivo cumplimiento de la norma o acto administrativo, salvo que de no proceder, se cause un perjuicio grave e inminente para el accionante.

De igual forma, en reiterada jurisprudencia³² esta Sección ha desarrollado “*la existencia de otro mecanismo judicial*”, como causal de improcedencia de la acción de cumplimiento, en aquellos casos en los que no se acredite un perjuicio irremediable. Así, en sentencia de 24 de mayo de 2012, se reiteró que “*la razón de ser de esta causal de improcedencia es garantizar que la resolución de las diferencias jurídicas sea efectuada por el juez natural, bajo el trámite que el ordenamiento jurídico ha establecido como propio para ello y evitar la alteración de las competencias que han sido radicadas en las diferentes jurisdicciones.*”

Bajo este panorama, la Sala considera que en el presente caso la acción de cumplimiento es procedente toda vez que la sociedad actora no cuenta con otros mecanismos de defensa judicial para solicitar al Fondo que (i) deduzca, retenga y gire de las sumas de dinero que haya de pagar a sus pensionados y/o trabajadores los valores que éstos adeuden por las libranzas que otorgaron en beneficio de la parte demandante, en su calidad de empresa operadora de libranzas; y, (ii) consigne las anteriores sumas de dinero descontadas de las respectivas nóminas.

2.3.3.2. La Sala considera que el cumplimiento pretendido no implica la ejecución de un gasto, razón por la cual la acción procedente.

2.3.3.3. Finalmente, se destaca que lo solicitado por el actor no implica la protección de derechos fundamentales.

Si bien el Agente del Ministerio Público señaló en la impugnación que la presente acción debe ser transmutada, debido a que se advierte una posible violación del derecho fundamental de petición, como consecuencia del silencio del Fondo respecto de las peticiones elevadas por la parte actora, la Sala considera que en el *sub judice* la sociedad PRO3 S.A.S. no pretende el amparo de dicho derecho, es decir obtener una respuesta de fondo a sus solicitudes, sino que busca que la parte demandada cumpla el artículo 6 de la Ley 1527 de 2012, eso es que (i)

³² Cfr. Sentencia de 24 de mayo de 2012, radicado n° 05001-23-31-000-2010-02067-01(ACU), M.P. Alberto Yepes Barreiro, Sentencia de 23 de agosto de 2012, radicado n° 25000-23-31-000-2012-00425-01(ACU). M.P. Mauricio Torres Cuervo, Sentencia de 21 de junio de 2012, radicado n° 05001-23-31-000-2006-01095-01(ACU). M.P. Mauricio Torres.



deduzca, retenga y gire de las sumas de dinero que haya de pagar a sus pensionados y/o trabajadores los valores que éstos adeuden por las libranzas que otorgaron en beneficio de la parte demandante, en su calidad de empresa operadora de libranzas; y, (ii) consigne las anteriores sumas de dinero descontadas de las respectivas nóminas.

2.3.4. De la existencia de un mandato imperativo e inobjetable

La finalidad de la acción de cumplimiento es que toda persona pueda acudir ante la autoridad judicial competente para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o de un acto administrativo, tal como lo dispone el artículo 87 constitucional. Sin embargo, a través de esta acción no es posible ordenar ejecutar toda clase de disposiciones, sino aquellas que contienen prescripciones que se caracterizan como “*deberes*”³³. Los deberes legales o administrativos que pueden ser cumplidos a través de las órdenes del juez constitucional son los que albergan un mandato perentorio, claro y directo a cargo de determinada autoridad, un mandato “*imperativo e inobjetable*” en los términos de los artículos 5, 7, 15, 21 y 25 de la Ley 393 de 1997.

Ahora bien, el artículo 5º de la Ley 393 de 1997 señala que la presente acción se dirigirá contra la autoridad a la que corresponda el cumplimiento de la norma con fuerza material de ley o acto administrativo, es decir, impone al demandante la carga de establecer, tanto para la constitución en renuencia y la interposición de la demanda, la autoridad pública o el particular en ejercicio de funciones públicas que debe cumplir la norma.

Los deberes legales o administrativos que pueden ser cumplidos a través de las órdenes del juez constitucional son los que albergan un mandato perentorio, claro y directo. Así, por ejemplo, si la norma consagra una facultad o su ejercicio es discrecional, no se cumplirá el requisito bajo estudio.

En el presente caso, la parte actora pretende el cumplimiento del primer inciso del artículo 6 de la Ley 1527 de 2012 que dispone:

“ARTÍCULO 6o. OBLIGACIONES DEL EMPLEADOR O ENTIDAD PAGADORA. *Todo empleador o entidad pagadora estará obligada a deducir,*

³³ Deber: Aquello a que está obligado el hombre por los preceptos religiosos o por las leyes naturales o positivas. (Diccionario de la Real Academia Española).



retener y girar de las sumas de dinero que haya de pagar a sus asalariados, contratistas, afiliados o pensionados, los valores que estos adeuden a la entidad operadora para ser depositados a órdenes de esta, previo consentimiento expreso, escrito e irrevocable del asalariado, contratista, afiliado o pensionado en los términos técnicos establecidos en el acuerdo que deberá constituirse con la entidad operadora, en virtud a la voluntad y decisión que toma el beneficiario al momento de escoger libremente su operadora de libranza y en el cual se establecerán las condiciones técnicas y operativas necesarias para la transferencia de los descuentos. El empleador o entidad pagadora no podrá negarse injustificadamente a la suscripción de dicho acuerdo. (...)

Lo anterior con el fin de que el Fondo: **(i)** deduzca, retenga y gire de las sumas de dinero que haya de pagar a sus pensionados y/o trabajadores los valores que éstos adeuden por las libranzas que otorgaron en beneficio de la parte demandante, en su calidad de empresa operadora de libranzas; y, **(ii)** consigne las anteriores sumas de dinero descontadas de las respectivas nóminas.

La Sala anticipa que si bien el artículo 6 de la Ley 1527 de 2012 contiene un mandato imperativo e inobjetable, éste se encuentra sujeto a una condición que no se ha materializado, razón por la cual revocará el fallo impugnado, para en su lugar negar las pretensiones del libelo introductorio.

La norma en comento regula la obligación a cargo del empleador de deducir, retener y girar las sumas de dinero adeudadas por sus trabajadores a las entidades operadoras de las libranzas, frente a lo cual dispone que: **(i)** el empleador o entidad pagadora debe suscribir con la entidad operadora un acuerdo que contenga los términos técnicos para efectos de que el primero pueda pagar al segundo los valores adeudados por el empleado o pensionado, con ocasión de una libranza; **(ii)** una vez suscrito el acuerdo, el empleador o la entidad pagadora debe deducir, retener y girar de las sumas de dinero que haya de pagar a sus empleados o pensionados, los valores adeudados por estos últimos, con ocasión de una libranza.

Como se observa, los mandatos a cargo del empleador o de la entidad pagadora consistentes en deducir, retener y girar los mencionados valores, cuyo cumplimiento pretende la sociedad actora en el *sub judice*, está sujeto a una condición, correspondiente a la suscripción del acuerdo entre la entidad operadora y el empleador o entidad pagadora, en el cual se determinen los términos técnicos de dichas deducciones,



retenciones y giros. Por lo tanto, si no se cumple dicha condición – suscripción del acuerdo– no resulta exigible la obligación de deducir, retener y girar consagrada en la norma.

En el presente caso la parte actora no acreditó el cumplimiento de la referida condición, pues en el mismo libelo introductorio se reconoce que aún no se ha suscrito entre la sociedad PRO3 S.A.S. y el Fondo el acuerdo, por lo que aún no es exigible el mandato consistente en deducir, retener y girar los valores adeudados por los empleados y pensionados de la entidad demandada a la parte actora, con ocasión de las libranzas.

Ahora bien, en el fallo impugnado el *a quo* ordenó al Fondo proceder a constituir el acuerdo técnico con la sociedad PRO3 S.A.S., para deducir, retener y girar los dineros que haya de pagar de sus afiliados y pensionados a la entidad operadora de libranzas, previo estudio y cumplimiento de todos los requisitos consagrados en la ley, por considerar que el artículo 6 de la Ley 1527 de 2012 contiene dicho mandato.

Frente a este aspecto debe resaltarse que la parte demandante no solicitó en la demanda, ni en el escrito de constitución en renuencia, el cumplimiento de dicho mandato –suscripción del acuerdo–, sino que sus pretensiones se dirigieron exclusivamente a que se ordene a la entidad demandada a (i) deducir, retener y girar de las sumas de dinero que haya de pagar a sus pensionados y/o trabajadores los valores que éstos adeuden por las libranzas que otorgaron en beneficio de la parte demandante, en su calidad de empresa operadora de libranzas; y, (ii) consignar las anteriores sumas de dinero descontadas de las respectivas nóminas.

Por lo tanto, no se comparte el sentido del fallo impugnado, pues en éste se ordenó el cumplimiento de un mandato distinto de aquél señalado como incumplido en la demanda.

Consecuentemente, la Sala revocará el fallo impugnado, para en su lugar negar las pretensiones de la demanda, toda vez que el mandato que se solicitó cumplir en el libelo introductorio está sujeto a una condición cuyo acaecimiento no se demostró en el *sub judice*.



En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta,

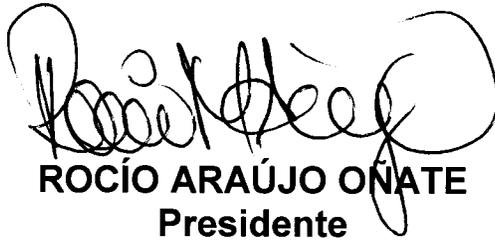
3. FALLA

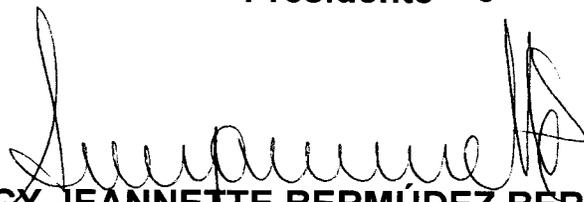
PRIMERO: REVOCAR la sentencia dictada el 10 de julio de 2018 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Primera – Subsección “A”, para en su lugar **NEGAR** las pretensiones de la acción de cumplimiento instaurada por la sociedad Procuraciones para Terceros – PRO3 S.A.S. en contra del Fondo de Pasivo Social Ferrocarriles Nacionales de Colombia, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE a las partes en la forma prevista en el artículo 22 de la Ley 393 de 1997.

TERCERO: En firme esta sentencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ROCÍO ARAÚJO ONATE
Presidente


LUGY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera


CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero


ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero



SC5780-6-1



GP059-6-1

