

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Consejera Ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá D.C., quince (15) de diciembre de dos mil quince (2015)

Radicación número: 76001-23-33-000-**2015-01089-01**
Accionante: Mario Andrés Duque Zúñiga
Accionado: Ministerio de Salud y Protección Social y otros
Naturaleza: Acción de cumplimiento

OBJETO DE LA DECISIÓN

La Sala decide la impugnación interpuesta por la parte actora contra el fallo de 28 de octubre de 2015, por medio del cual el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca declaró improcedente la acción de cumplimiento.

I. ANTECEDENTES

1. Solicitud de cumplimiento

Mediante escrito radicado el 18 de septiembre de 2015, en la Oficina de Apoyo de los Juzgados Administrativos de Cali, Sección de Reparto y Notificación, el señor Mario Andrés Duque Zúñiga, en nombre propio, ejerció acción de cumplimiento contra el Ministerio de Salud y Protección Social, Presidencia de la República, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Trabajo y Departamento Administrativo de la Función Pública, con el fin de obtener el **acatamiento del parágrafo 1º del artículo 52 de la Ley 489 de 1998**, para que indiquen de manera clara y precisa qué entidad es la obligada a asumir las obligaciones del ISS liquidado.

Como pretensión solicitó que se ordene a las entidades accionadas el cumplimiento del *"... párrafo 1º del artículo 52 de la Ley 489 de 1998, dé cumplimiento indicando de manera clara y precisa qué entidad será el subrogatario de las obligaciones del ISS LIQUIDDO, por el vacío en el acto que ordenó la supresión, disolución y liquidación, so pena del inicio de las acciones legales pertinentes"*.

2. Hechos probados y/o admitidos

La Sala encontró demostrados los siguientes hechos:

- El Ministerio de Salud y Protección Social, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Trabajo y el Departamento Administrativo de la Función Pública mediante Decreto Nacional No. 2013 del 28 de septiembre de 2012, suprimieron el Instituto de Seguros Sociales, y ordenaron su liquidación al disponer:

*"...**ARTÍCULO 1o. SUPRESIÓN Y LIQUIDACIÓN.** Suprímese el Instituto de Seguros Sociales, ISS, creado por la Ley 90 de 1946 y transformado en Empresa Industrial y Comercial del Estado, mediante el Decreto número 2148 de 1992, vinculada al Ministerio de Salud y Protección Social, según el Decreto-ley 4107 de 2011.*

En consecuencia, a partir de la vigencia del presente decreto, esta entidad entrará en proceso de liquidación y utilizará para todos los efectos la denominación "Instituto de Seguros Sociales en Liquidación.

El régimen de liquidación será el determinado por el presente decreto, el Decreto-Ley 254 de 2000, modificado por la Ley 1105 de 2006 y las demás normas que los modifiquen, sustituyan o reglamenten.

***ARTÍCULO 2o. DURACIÓN DEL PROCESO DE LIQUIDACIÓN.** <Ver prórrogas en Notas de Vigencia> El proceso de liquidación deberá concluir en un plazo de un (1) año contado a partir de la vigencia del presente decreto, el cual podrá ser prorrogado por el Gobierno Nacional, mediante acto administrativo debidamente motivado"*.

- El término de liquidación fue prorrogado en varias ocasiones según Decretos números 2110 de 2013 y 652 de 2014, éste último hasta el 31 de diciembre de 2014.

- El 10 de septiembre de 2014, la Sección Tercera de esta Corporación dentro del proceso No. 05001-23-31-000-1991-0-6952-01, con radicación interna No. 25590, C.P. Enrique Gil Botero, indicó que para esa fecha no existía normativa alguna que estableciera la entidad que asumiría los pasivos del ISS, al señalar que *"...ante la ausencia de decisiones que indiquen cuál entidad asumirá la responsabilidad por las actuaciones adelantadas en su tiempo por el ISS en su calidad de EPS, la Sala verifica que se ha generado un contexto objetivo de abierto y grosero incumplimiento de los fallos condenatorios dictados en contra de la entidad acá demandada [hace referencia al Instituto de Seguros Sociales]"*.
- El Ministerio de Salud y Protección Social expidió el Decreto No. 0553 de 27 de marzo de 2015, el que en su artículo 8º estableció la extinción de la personería jurídica del Instituto de Seguros Sociales.
- El actor radicó peticiones el 27 de julio de 2015, en la Presidencia de la República, Ministerio de Salud y Protección Social y Ministerio de Hacienda y Crédito Público; el 24 de agosto de 2015, en el Ministerio de Trabajo y el 28 de agosto de la misma anualidad ante el Departamento Administrativo de la Función Pública, en las que les solicitó *"...de acuerdo a la orden imperativa del legislador plasmada en el párrafo 1º del artículo 52 de la Ley 489 de 1998, dé cumplimiento indicando de manera clara y precisa que entidad será el subrogatario de las obligaciones del ISS liquidado, por el vacío en el acto que ordenó la supresión, disolución y liquidación, so pena del inicio de las acciones legales pertinentes"*.
- Las solicitudes radicadas en la Presidencia de la República y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público fueron remitidas al Patrimonio Autónomo de Remanentes P.A.R. I.S.S., entidad que respondió el 3 de septiembre de 2015, que *"...no existe entidad subrogataria de las obligaciones del ISS liquidado, se suscribió un contrato de Fiducia con el cual se otorgan al P.A.R. I.S.S., ciertas competencias para llevar a buen fin las obligaciones que el ISS liquidado adquirió en el momento en que transcurría e proceso concursal, dejando claro que tiene competencias limitadas según lo establece en el Contrato de Fiducia 015 de 31 de marzo de 2015 (...) Se deja expresa constancia que ni la fiducia ni el Patrimonio Autónomo ostentan la calidad de cesionarios o subrogatarios de las obligaciones del FIDECOMITENTE, la Fiduciaria, únicamente actúa en calidad de vocera y administradora de los recursos y activos fideicomitidos"*.
- El 29 de julio de 2015, la Presidencia de la República también remitió la petición a la Secretaría General del Ministerio de Trabajo, quien a su vez lo envió al Coordinador del Grupo Administración de Entidades Liquidadas del

Ministerio de Salud y Protección Social, según oficio No. 163262 del 1º de septiembre de la misma anualidad.

- Por último, sostuvo que hasta la fecha el Gobierno Nacional no ha dicho que entidad asumirá los pasivos del desaparecido Instituto de Seguros Sociales, en calidad de Subrogatario.

3. Actuaciones procesales relevantes

3.1. Admisión de la demanda

Mediante auto de 23 de septiembre de 2015, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca admitió la demanda de cumplimiento y dispuso la notificación del Ministerio de Salud y Protección Social, Presidencia de la República; Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Trabajo y Departamento Administrativo de la Función Pública¹.

3.2. Contestación de la entidad accionada – La apoderada judicial del Ministerio de Salud y Protección Social solicitó que se negaran las pretensiones acción de cumplimiento.

Sostuvo que desde el año 2007 el Instituto de Seguros Sociales había cesado sus funciones como gestor de los sistemas de salud y de riesgos profesionales, toda vez que a la EPS del Seguro Social le fue revocada su licencia de funcionamiento mediante las Resoluciones 28 y 273 de 2007 expedidas por la Superintendencia Nacional de Salud y según la Resolución No. 371 de 3 de abril de 2008 proferida también por la Supersalud, entró a operar la "NUEVA EPS", en cuanto a riesgos profesionales y la ARP se trasladó a la Previsora, por tanto al solo quedar con la única función como administrador de pensiones, se optó por su supresión y liquidación definitiva.

Con fundamento en lo anterior, precisó que a partir del año 2007 el ISS ya no prestaba servicios de salud a sus afiliados, toda vez que esta función le fue revocada por la SUPERSALUD, en virtud de las múltiples inconsistencias en el cumplimiento de sus funciones como prestador de servicios de salud.

Afirmó que si bien, el actor cita una sentencia de esta Corporación, que fue proferida en el 2014, ésta versa sobre un proceso del año 1991, instaurado en contra del ISS EPS que para ese entonces aún no había sido escindido.

¹ Folio 57 del expediente

Sostuvo que *"...con relación a la subrogación de obligaciones por parte del ISS en materia de prestación de servicios de salud se deben traer a colación los Decretos 055 y 2713 de 2007, que contemplan los mecanismos tendientes a garantizar la continuidad en el aseguramiento y la prestación del servicio público de salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y el mecanismo de traslado excepcional de afiliación a prevención, cuando se revoque el permiso, se suprima o liquide una entidad promotora de salud, parámetros que se siguieron al momento de dejar de funcionar como EPS, ya que todos sus afiliados quedaron incluidos automáticamente en otra EPS, como fue LA NUEVA EPS, lo que no quisieron permanecer en ella por cuenta propia decidieron afiliarse a la de su predilección, no obstante NINGUNO DE LOS AFILIADOS A LA EPS ISS quedaron desprovistos de este servicio"*.

Destacó que con el Decreto 2013 de 2012, en efecto se suprimió y liquidó lo que quedaba en su momento del ISS, esto es lo relativo única y exclusivamente al régimen de pensiones, razón por la que en la citada disposición sí se determina quién debe quedar a cargo del Régimen de Prima Media, *"...tan claro es que la misma sentencia del Consejo de Estado en la cual se basa el accionante para fundamentar la omisión y el incumplimiento de la norma por parte de este ente ministerial establece lo siguiente: 'en relación con los procesos en materia pensional la ley se encargó de definir la entidad encargada de asumir –vía sucesión procesal, la defensa judicial de la entidad liquidada, así como el pago de las condenas judiciales esto es, COLPENSIONES, como nueva empresa encargada de la administración del régimen de prima media"*, razón por la que la pretensión del actor no puede prosperar².

3.3. Contestación de la entidad accionada – La Delegada del señor Ministro de Hacienda y Crédito Público solicitó que se declarara la improcedencia de la acción de cumplimiento, toda vez que esa cartera ministerial no está obligada al cumplimiento del deber que surge de lo dispuesto en el parágrafo 1º del artículo 52 de la Ley 489 de 1998.

Resaltó que el Decreto 2013 de 2012, tenía como único negocio activo, el de administrar el Régimen de Prima Media con prestación definida, máxime si se tiene en cuenta que mediante el Decreto 1750 de 2003 se *"...escindió del Instituto de Seguros Sociales - ISS, la Vicepresidencia de Prestación de Servicios de Salud, todas las clínicas y centros de atención ambulatorio y se crearon 7 empresas del Estado, como entidades descentralizadas del nivel nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, adscrita al Ministerios de Protección Social. Así mismo, conforme a la propia Ley 1151 de 2007 y el Decreto 600 de 2008, y en virtud del 'Convenio para el desarrollo de la cesión de activos, pasivos y contratos del Instituto de Seguros Sociales a la Previsora Vida*

² Folios 70 a 74 del expediente

S.A. Compañía de Seguros', se ordenó llevar a cabo la cesión de activos, pasivos y contratos del negocio de riesgos profesionales a la Previsora Vida S.A., hoy positiva Compañía de Seguros S.A. Es así, que en la estructura del ISS, la prestación de servicios de salud y el aseguramiento en salud y riesgos profesionales estaban a cargo de la Nueva E.P.S. y Positiva Compañía de Seguros S.A., razón por la cual era necesario suprimir del Instituto de Seguros Sociales – ISS, solamente las dependencias y funciones relacionadas con la Administración del Régimen de Prima Media con Prestación Definida”.

Concluyó que la acción es improcedente toda vez que no existe una acción u omisión que configure el incumplimiento de la norma invocada, por el contrario el Gobierno Nacional en el marco del artículo 52 de la Ley 489 de 1998 dio cabal cumplimiento y no existe ni existió un deber omitido por parte de ese ministerio³.

3.4. Contestación de la entidad accionada – El apoderado judicial del Ministerio Trabajo se opuso a las pretensiones de la demanda y solicitó que éstas se negaran y *“...como consecuencia de ello declarar la improcedencia de la acción”.*

Señaló que los Decreto 2013 de 2012 y 0553 de 2015, fueron expedidos por el Ministerio de Salud y Protección Social, por tanto no corresponde a ese ente ministerial ejecutar o desarrollar norma alguna relativa al proceso de liquidación del Instituto de Seguros Sociales.

Indicó que a juicio del actor *“...el problema parece ser lo que involucra la prestación de servicios de salud, olvida entonces que en el ISS tenía a su cargo los seguros sociales obligatorios (I.V.M.) desde su nacimiento (1946), es decir Invalidez (hoy sería actuar como ARL que está en cabeza de POSITIVA Cía. de Seguros); pensiones el reconocimiento de prestaciones periódicas de carácter temporal o vitalicio para sus afiliados y/o beneficiarios, que es la parte que se liquidó con los decretos mencionados en el apartado anterior (hoy está en cabeza de COLPENSIONES) y las prestaciones y atención en salud que fue escindida en el año 2003, precisamente fue mediante Decreto 1750 de 2003, por el cual se escinde el Instituto de Seguros Sociales y se crean unas Empresas Sociales del Estado”.*

Adujo que no existe ningún vicio normativo respecto de quien se subrogó en las obligaciones del extinto ISS, pues los procesos judiciales del antiguo ISS EPS y los de carácter contractual que se encontraban en curso o que se iniciaron al momento de empezar el proceso de liquidación del Instituto serian atendidos por el ISS en liquidación y en el momento en que ésta culminó dicha obligación quedó en cabeza del PAR ISS, de conformidad con el contrato de fiducia mercantil señalado.

³ Folios 88 a 98 del expediente

Advirtió que en relación con el ISS en calidad de EPS, la Superintendencia Nacional de Salud, mediante la Resolución 028 de 2007, confirmada por el acto administrativo 263 del 26 de marzo de 2007, revocó el certificado de funcionamiento de la EPS del Instituto de Seguros Sociales y ordenó *"Disponer que, de conformidad con lo establecido en la normatividad vigente y con el Conpes 3456 del 15 de enero de 2007, el grupo poblacional afiliado a la EPS del ISS continuará recibiendo de ella los servicios a que tiene derecho hasta tanto se garantice su traslado efectivo a una o varias EPS nuevas o existentes según sea el caso, en los términos del Decreto 055 de 2007 o las normas que lo modifiquen, complementen o adicionen"*.

Precisó que la SUPERSALUD por Resolución 371 de 2008, autorizó el funcionamiento de la Nueva Empresa Promotora de Salud S.A. – NUEVA EPS – como entidad promotora de salud del régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, razón por la que es claro que el ISS como EPS dejó de funcionar desde el 31 de julio de 2008, ello implica necesariamente que a partir de esa fecha dejó de asumir las funciones relativas a la prestación de servicios de salud, con lo cual quedaron a su cargo únicamente las competencias asignadas como Administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida⁴.

3.5. Contestación de la entidad accionada – La apoderada judicial del Departamento Administrativo de la Función Pública solicitó que se negaran las pretensiones acción de cumplimiento, por carecer de fundamentos fácticos y jurídicos.

Sostuvo que en el Decreto 2013 de 2012 claramente se señaló las condiciones que hacían que el ISS se encontrara incurso en las causales de supresión y liquidación previstas en los numerales 1º y 2º del artículo 52 de la Ley 489 de 1998, *"...lo cual se suma al hecho de que el propio Congreso de la República a través del artículo 155 de la Ley 1151 de 2007 había dispuesto la liquidación del ISS en lo que a la administración de pensiones se refiere, en cuanto a los demás negocios que le fueron propios, esto es, el de la salud y riesgos profesionales, había dejado de cumplirlos de tiempo atrás o estaba próximo a dejarlos, así: (a) El de salud en virtud de lo previsto por el Decreto Ley 1750 de 2003 que ordenó la escisión de la Vicepresidencia de Prestación de Servicios de Salud del ISS negocio que fue asumido por las siete (7) Empresas Sociales del Estado creadas por el mismo decreto; (b) El de riesgos profesionales que dejó de prestarlo el ISS por virtud de lo previsto en la Ley 1151 de 2007, el Decreto 600 de 2008 y el Convenio para el desarrollo de la cesión de activos, pasivos y contratos del Instituto de Seguros Sociales a La Previsora Vida S.A. Compañía de Seguros"*; por tanto el único negocio que en realidad desarrollaba era el de la administración del régimen de prima media con prestación definida.

⁴ Folios 115 a 125 del expediente

Por otra parte, manifestó que en el Decreto de liquidación del ISS se estableció la entrega de los bienes, derechos y obligaciones del liquidado Instituto al Patrimonio Autónomo que se constituyera para la administración de éstos, con fundamento en ello se suscribió el *"...Contrato de Fiducia Mercantil No. 015 de 2015 con la Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. FIDUAGRARIA S.A., a través de la cual se constituyó el fideicomiso denominado PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACIÓN – P.A.R. I.S.S., en cuyo objeto se encuentra el de efectuar el pago de las obligaciones remanentes y contingentes a cargo del Instituto de Seguros Sociales en Liquidación en el momento que se hagan exigibles. De tal manera carecen de fundamento las alegaciones del señor Mario Andrés Duque quien alega que no existe entidad subrogataria de las obligaciones del liquidado ISS, ya que para el efecto se encuentra constituido el PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACIÓN P.A.R. I.S.S."*⁵

3.6. Contestación de la entidad accionada – La apoderada judicial del Presidente de la República y del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República - DAPRE solicitó que se negara las pretensiones acción de cumplimiento, *"por falta de legitimación en la causa material, por incompetencia"*.

Precisó que con la expedición del Decreto No. 553 de 27 de marzo de 2015, por el cual se adoptan medidas con ocasión del cierre de la liquidación del Instituto de Seguros Sociales en Liquidación y se dictan otras disposiciones, la personería jurídica del entonces ISS quedó extinguida.

Adujo que con fundamento en el artículo 35 del Decreto Ley 254 de 2000, modificado por la Ley 1105 de 2006, se suscribió entre el Instituto de Seguros Sociales en Liquidación y la Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A., FIDUAGRARIA S.A., el contrato de fiducia mercantil No. 015 de marzo de 2015, mediante el cual se constituyó el fideicomiso denominado PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACIÓN – P.A.R. I.S.S., cuya finalidad entre otras es la de atender las obligaciones y remanentes y contingentes, así como la atención y gestión de los procesos judiciales, arbitrales o reclamaciones en curso al momento de la terminación del proceso liquidatario, consecuencia de lo cual es FIDUAGRARIA S.A. como administradora y vocera de ese patrimonio autónomo.

Señaló que en todo lo relacionado con la liquidación del Instituto de Seguros Sociales, la Presidencia de la República no tiene ni tuvo competencia alguna, como puede

⁵ Folios 144 a 148 del expediente

verificarse en los actos administrativos que se han expedido, *"...en los cuales NO VAN A ENCONTRAR LA FIRMA DE LA Directora de la Presidencia de la República, porque esta entidad NO tiene competencias sobre la materia, de manera que debería ser excluida del fallo que se profiera, pues no está legitimada para actuar en nombre de la Nación, ya que en este evento son otras las entidades que deberían atender el requerimiento judicial"*⁶.

3.7. Fallo impugnado

El 28 de octubre de 2015, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca dictó sentencia en la cual declaró la improcedencia de la acción de cumplimiento, al considerar que:

"...el parágrafo 1º del artículo 52 de la Ley 489 de 1998, no contiene una orden con la capacidad de equipararse a un título ejecutivo, debido a que la obligación que se demanda no es clara, expresa y exigible, tanto es que no establece la autoridad contra quien debería proferirse la orden de cumplimiento, lo cual exige un ejercicio interpretativo que no es posible en este tipo de acciones.

(...)

Para contextualizar con el argumento de autoridad basado en la sentencia del Consejo de Estado, de fecha 10 de septiembre de 2014, en la cual se indica una omisión legislativa frente a la responsabilidad del ISS derivada de la prestación del servicio de salud, conforme a la contestación del Departamento Administrativo de la Función Pública el Decreto 0553 del 27 de marzo de 2015, se estableció la entrega de los bienes, derechos y obligaciones del liquidado I.S.S. al Patrimonio Autónomo que se constituyera para la administración de los mismos, y que por tal razón se firmó contrato de fiducia mercantil, que derivó en el PAR-ISS.

Ahora, el hecho que el PAR-ISS exponga que no es subrogatario de las obligaciones del fideicomitente, no implica que no le corresponde los pagos que se demanden, sumado a que es una discusión que no procede en la acción de cumplimiento.

Considerando entonces que del texto normativo que se invoca no proviene un mandato, absoluto, indiscutible y específico, se declarará improcedente la acción presentada⁷".

3.8. Impugnación

⁶ Folios 153 a folio 161 del expediente

⁷ Folios 196 a 199 del expediente

El actor en escrito de 9 de noviembre de 2015, impugnó la decisión del Tribunal y solicitó que ésta se revocara, para que, en su lugar, se accediera a las pretensiones de la demanda.

Sostuvo que el parágrafo 1º del artículo 52 de la Ley 489 de 1998 sí establece de manera expresa que el acto que ordene la supresión, disolución y liquidación, dispondrá sobre la subrogación de obligaciones y en el caso concreto no se dijo nada al respecto, por lo que considera que *"...ese vacío no puede ser llenado con una interpretación jurídica que en últimas es de resorte individual de cada Juez Administrativo - el cual es autónomo en sus decisiones -, porque si nos atemperamos a la norma como tal (art. 68 C.G.P.), (...) sobre sucesión procesal, que en este caso no hay 'sucesores en el derecho debatido' reconocidos en el acto de liquidación del ISS por la omisión normativa, motivo por el cual es obligatorio que se manifiesta quien cancelará esas obligaciones"*.

Resaltó que el Patrimonio Autónomo de Remanentes, no tiene la calidad de subrogatario o sucesor procesal, razón por la que no se comparte *"...esa interpretación por parte del a quo, supeditando el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca el cumplimiento de la obligación a otro proceso ejecutivo, donde es claro que el título no es claro, expreso y exigible contra el P.A.R. donde en la práctica lo que operaría sería un desconocimiento de una orden judicial"*.

Manifestó que *"...si se planteara por parte de estas entidades demandadas que no se dijo de manera textual lo concerniente a sentencias extracontractuales (1) o contractuales (2), se enfatiza que la demanda es un todo la cual se interpreta, como lo prohija el CONSEJO DE ESTADO, entre otras en sentencia del 19 de agosto de 2011, proceso No. 63001-23-31-000-1998-00812-01 radicación interna No. 20144, demandante Orbilia Garzón Castaño y otra, demandado Nación Ministerio de Educación, Hospital Departamental Universitario del Quindío San Juan de Dios y otro, C.P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, (...) indica que 'es deber del juez interpretar la demanda como un todo armónico ...'"*.

Adicionalmente, adujo que tanto el fallador de primera instancia, como las partes han pasado desapercibido el parágrafo del artículo 6º del Decreto 0553 de 2015, que dice que *"...el Gobierno Nacional hará las operaciones presupuestales necesarias para garantizar el cumplimiento de las obligaciones que queden pendientes del proceso de liquidación de que trata el presente decreto"*, de lo cual puede concluirse que *"...(i) el Gobierno Nacional debe cumplir el pago de las sentencias de condena extracontractuales y contractuales contra el ISS en liquidación, en caso de que los dineros que administra el P.A.R. no sea suficiente para responder por estas acreencias. (ii) Más sin embargo la disposición normativa es muy amplia en el sentido de no concretarse bajo qué presupuesto del Gobierno Nacional se deben cumplir esta clase de sentencia, v. gr. No se indica que Ministerio de la Nación debe asumir esta orden judicial"*.

Con fundamento en lo anterior, aclara que esta solicitud no es extra petita porque la acción de cumplimiento fue redactada de manera general, es mas en el acápite de PETICIÓN se dijo: *"...se solicita se ordene al Ministerio de Salud y Protección Social y demás demandados para que indiquen de manera clara y concreta cual será la entidad subrogataria de las 'obligaciones y derechos' del extinto Instituto de Seguros Social'.*

En consecuencia, solicita que el juez de cumplimiento en segunda instancia conmine al Ministerio de Salud y Protección Social, entidad que ordenó en el acto de supresión, disolución y liquidación la extinción del I.S.S., quien debe manifestar de manera clara y concreta cual es la entidad subrogataria del Gobierno Nacional que pagará las obligaciones del ISS, conforme al parágrafo 6º del Decreto 0553 de 2015 en esta modalidad de sentencias extracontractuales y contractuales⁸.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Esta Sala es competente para conocer la impugnación presentada contra la sentencia de primera instancia, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, de conformidad con lo establecido en los artículos 150 y 152 de la Ley 1437 de 2011, y el Acuerdo 015 del 22 de febrero de 2011 de la Sala Plena del Consejo de Estado, que establece la competencia de la Sección Quinta de la 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. Cuestión previa

La parte actora solicitó en su escrito de apelación la aplicación del parágrafo del artículo 6º del Decreto 0553 de 2015, toda vez que la pretensión de la acción de cumplimiento fue redactada de manera general, pues *"...se solicita se ordene al Ministerio de Salud y Protección Social y demás demandados para que indiquen de manera clara y concreta cual será la entidad subrogataria de las 'obligaciones y derechos' del extinto Instituto de Seguros Social"*.

Advierte la Sala, que se abstendrá de pronunciarse sobre la mencionada disposición, toda vez que no fue mencionada en la demanda, ni en los escritos de constitución de renuencia como incumplida, por tanto el estudio se limitará al parágrafo 1º del artículo

⁸ Folios 210 a 215 y 251 y 252 del expediente

52 de la Ley 489 de 1998, normativa invocada inicialmente.

3. Problema jurídico a resolver en la presente acción de cumplimiento

Corresponde a la Sala determinar si modifica, confirma o revoca la sentencia de 28 de octubre de 2015, dictada por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca que declaró la improcedencia de la acción de cumplimiento, para lo cual deberá resolver el siguiente problema jurídico:

¿Hay lugar a ordenar a las autoridades accionadas, el cumplimiento del parágrafo 1º del artículo 52 de la Ley 489 de 1998, en el sentido de que indiquen qué entidad es la subrogataria de las obligaciones del ISS liquidado, en materia de condena de sentencias contractuales y extracontractuales, toda vez que en el Decreto 2013 de 2012, no se dijo nada al respecto?

4. Razones jurídicas de la decisión

Para resolver el problema jurídico planteado, se analizarán los siguientes temas: **(i)** naturaleza de la acción de cumplimiento; **(ii)** requisito de procedibilidad; y **(iii)** análisis del caso concreto.

4.1. Naturaleza de la acción de cumplimiento

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 1º 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"*.

Colombia es un Estado Social de Derecho y dentro de sus fines esenciales está el de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, teniendo en cuenta lo anterior 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, y ante el inminente incumplimiento 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"*⁹(Subraya fuera del texto).

Sin embargo, para que la acción de cumplimiento prospere, del contenido de la Ley 393 de 1997, se desprende que se deben acreditar 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)¹⁰.
- 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.
- iii)** Que el actor pruebe la renuencia de la entidad accionada frente al cumplimiento del deber, antes de formular 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 8º 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 omitido, salvo el caso que, de no proceder el juez, se produzca un perjuicio grave e inminente para quien ejerció la acción, circunstancia esta que hace procedente la acción. Por tanto, es improcedente la acción que persigue la protección de derechos que puedan ser

⁹ Corte Constitucional, sentencia C-157 de 1998. Magistrados Ponentes Antonio Barrera Carbonell y Hernando Herrera Vergara.

¹⁰ Esto excluye el cumplimiento de las normas de la Constitución Política, que por lo general consagran principios y directrices.

garantizados a través de la acción de tutela o se pretenda el cumplimiento de normas que establezcan gastos a la administración (Art. 9º).

4.2. De la renuencia

El inciso segundo del artículo 8º de la Ley 393 de 1997, en concordancia con el numeral 5º del artículo 10 ibídem, estableció como requisito de procedibilidad de esta acción constitucional, que con la demanda el accionante aporte la prueba de haber pedido a la entidad demandada en forma directa y con anterioridad al ejercicio de la acción, el cumplimiento del deber legal o administrativo presuntamente desatendido por aquélla y, que la autoridad requerida se ratifique en el incumplimiento o guarde silencio frente a la solicitud. De esta manera quedará acreditada la renuencia de la respectiva autoridad administrativa y el actor podrá ejercer la acción de cumplimiento.

Por lo tanto, la Sala debe estudiar si el solicitante cumplió con su carga de probar que constituyó en renuencia a la Presidencia de la República, al Ministerio de Salud y Protección Social; al Ministerio de Hacienda y Crédito Público; al Ministerio de Trabajo y al Departamento Administrativo de la Función Pública, antes de instaurar la demanda.

Para el cumplimiento de este requisito de procedibilidad es importante tener en cuenta, como lo ha señalado la Sala, 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 cumplimiento"*¹¹.

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 solicitud que lo pretendido es el cumplimiento de un deber legal o administrativo y, **que de este pueda inferirse el propósito de agotar el prerequisite en mención.**

Para cumplir con el requisito de renuencia el actor mediante Oficios del (i) 27 de julio de 2015, dirigidos a la Presidencia de la República, Ministerio de Salud y Protección Social y Ministerio de Hacienda y Crédito Público; (ii) del 24 de agosto de 2015, al Ministerio de Trabajo; y, (iii) del 28 de agosto de la misma anualidad al Departamento Administrativo de la Función Pública, en las que les solicitó *"...de acuerdo a la orden imperativa del legislador plasmada en el párrafo 1º del artículo 52 de la*

¹¹Sección Quinta, providencia del 20 de octubre de 2011, Exp. 2011-01063, C.P. Mauricio Torres Cuervo.

Ley 489 de 1998, de cumplimiento indicando de manera clara y precisa que entidad será el subrogatario de las obligaciones del ISS liquidado, por el vacío en el acto que ordenó la supresión¹², disolución y liquidación, so pena del inicio de las acciones legales pertinentes”.

Las solicitudes radicadas en la Presidencia de la República y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público fueron remitidas al Patrimonio Autónomo de Remanentes P.A.R. I.S.S., entidad que respondió el 3 de septiembre de 2015, que *“...no existe entidad subrogataria de las obligaciones del ISS liquidado, se suscribió un contrato de Fiducia con el cual se otorgan al P.A.R.I.S.S., ciertas competencias para llevar a buen fin las obligaciones que el ISS liquidado adquirió en el momento en que transcurría e proceso concursal, dejando claro que tiene competencias limitadas según lo establece en el Contrato de Fiducia 015 de 31 de marzo de 2015 (...) Se deja expresa constancia que ni la fiducia ni el Patrimonio Autónomo ostentan la calidad de cesionarios o subrogatarios de las obligaciones del FIDECOMITENTE, la Fiduciaria, únicamente actúa en calidad de vocera y administradora de los recursos y activos fideicomitidos”.*

De conformidad con lo expuesto, la Sala advierte que se encuentra probado que el señor Mario Andrés Duque Zúñiga, sí constituyó en renuencia a la Presidencia de la República, al Ministerio de Salud y Protección Social; al Ministerio de Hacienda y Crédito Público; al Ministerio de Trabajo y al Departamento Administrativo de la Función Pública, respecto **del párrafo 1º del artículo 52 de la Ley 489 de 1998.**

4.3. Análisis del caso concreto

Para resolver el problema jurídico planteado y referido a ¿si hay lugar a ordenar a las autoridades accionadas, el cumplimiento del párrafo 1º del artículo 52 de la Ley 489 de 1998, en el sentido de que indiquen qué entidad es la subrogataria de las obligaciones del ISS liquidado, en materia de condena de sentencias contractuales y extracontractuales, toda vez que en el Decreto 2013 de 2012, no se dijo nada al respecto? debemos establecer si el actor podía o puede ejercer otro instrumento judicial para lograr el efectivo acatamiento del deber jurídico o administrativo omitido.

El actor pretende el cumplimiento del párrafo 1º del artículo 52 de la Ley 489 de 1998, que dispone:

"LEY 489 DE 1998

¹² Hace referencia al Decreto 2013 de 2012, por el cual se suprime el Instituto de Seguros Sociales, ISS, se ordena su liquidación, y se dictan otras disposiciones.

[Reglamentada Parcialmente por el Decreto Nacional 910 de 2000](#)

Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.

(...)

Artículo 52º.- *De la supresión, disolución y liquidación de entidades u organismos administrativos nacionales. El Presidente de la República podrá suprimir o disponer la disolución y la consiguiente liquidación de entidades y organismos administrativos del orden nacional previstos en el artículo 38 de la presente Ley cuando:*

1. Los objetivos señalados al organismo o entidad en el acto de creación hayan perdido su razón de ser.

2. Los objetivos y funciones a cargo de la entidad sean transferidos a otros organismos nacional o a las entidades del orden nacional.

3. Las evaluaciones de la gestión administrativa, efectuadas por el Gobierno Nacional, aconsejen su supresión o la transferencia de funciones a otra entidad.

4. Así se concluya por la utilización de los indicadores de gestión y de eficiencia que emplean los organismos de control y los resultados por ellos obtenidos cada año, luego de realizare el examen de eficiencia y eficacia de las entidades en la administración de los recursos públicos, determinada la evaluación de sus procesos administrativos, la utilización de indicadores de rentabilidad pública y desempeño y la identificación de la distribución del excedente que éstas producen, así como de los beneficiarios de su actividad o el examen de los resultados para establecer en qué medida se logran sus objetivos y cumplen los planes, programas y proyectos adoptados por la administración en un período determinado.

5. Exista duplicidad de objetivos y/o de funciones esenciales con otra u otras entidades.

*6. Siempre que como consecuencia de la descentralización o desconcentración de un servicio la entidad pierda la respectiva competencia. **Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-727 de 2000***

Parágrafo 1º.- *El acto que ordene la supresión, disolución y liquidación, dispondrá sobre la subrogación de obligaciones y derechos de los organismos o entidades suprimidas o disueltas, la titularidad y destinación de bienes o rentas, los ajustes presupuestales necesarios, el régimen aplicable a la liquidación y, de conformidad con las normas que rigen la materia, la situación de los servidores públicos”.*

Analizadas las razones jurídicas de la decisión y la norma invocada se advierte lo siguiente:

El actor afirma que en virtud de la norma en cita se expidió el Decreto 2013 de 2012, por medio del cual se suprimió y liquidó el Instituto de Seguros Sociales, sin embargo,

en dicho acto no se hizo manifestación alguna respecto a quien correspondía la subrogación de las obligaciones del ISS derivadas de fallos condenatorios en materia contractual y extracontractual.

Con fundamento en lo anterior, es evidente que el Gobierno Nacional, conformado por el Presidente de la República, el Ministro de Salud y Protección Social; Ministro de Hacienda y Crédito Público; Ministro de Trabajo y el Director del Departamento Administrativo de la Función Pública, no han dado cumplimiento al parágrafo 1º del artículo 52 de la Ley 489 de 1998, toda vez que en el acto administrativo que se ordenó la supresión, disolución y liquidación del Instituto de Seguros Sociales, esto es el Decreto 2013 de 2012, no se dispuso sobre la subrogación de obligaciones del ISS liquidado, en materia de condena de sentencias contractuales y extracontractuales.

Así se advierte que no hay prueba en el expediente de que el Gobierno Nacional haya adelantado gestión o actividad alguna tendiente al cumplimiento del deber contenido en la norma invocada.

En este orden de ideas, y transcurrido más de tres años desde la publicación del Decreto 2013 de 2012, sin que el Gobierno Nacional haya dado cumplimiento a lo previsto en el parágrafo 1º del artículo 52 de la Ley 489 de 1998, es evidente la mora para que se disponga sobre la subrogación de las obligaciones del ISS liquidado, en materia de condena de sentencias contractuales y extracontractuales, obligación que es imperativa e inobjetable y, por tanto, de obligatorio acatamiento, sin que pueda presumirse que la mora en su incumplimiento esté justificada.

Con fundamento en lo anterior, la Sala revocará la decisión de primera instancia que dispuso declarar la improcedencia de la acción constitucional, para en su lugar ordenar al Gobierno Nacional conformado en esta oportunidad por el Presidente de la República y los Ministros de Salud y Protección Social; Hacienda y Crédito Público; Trabajo y el Director del Departamento Administrativo de la Función Pública el cumplimiento del parágrafo 1º del artículo 52 de la Ley 489 de 1998, en el sentido de que se disponga sobre la subrogación de las obligaciones del ISS liquidado, en materia de condena de sentencias contractuales y extracontractuales, dentro de los dos (2) meses siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, teniendo en cuenta la complejidad del tema.

Por 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,

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia del 28 de octubre de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que declaró la improcedencia de la acción de cumplimiento, para en su lugar, **ORDENAR** al Gobierno Nacional conformado en esta oportunidad por el Presidente de la República y los Ministros de Salud y Protección Social; Hacienda y Crédito Público; Trabajo y el Director del Departamento Administrativo de la Función Pública el cumplimiento del párrafo 1º del artículo 52 de la Ley 489 de 1998, en el sentido de que se disponga sobre la subrogación de las obligaciones del ISS liquidado, en materia de condena de sentencias contractuales y extracontractuales, dentro de los dos (2) meses siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, teniendo en cuenta la complejidad del tema.

SEGUNDO: NOTIFICAR 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.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Presidente

ROCÍO ARAÚJO OÑATE

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

ALBERTO YEPES BARREIRO

