

139

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN PRIMERA
SUBSECCIÓN B**

Bogotá DC, doce (12) de marzo de dos mil dieciocho (2018).

Magistrado Ponente: FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Radicación: No. 25000-23-41-000-2018-00058-00
Demandante: ANGÉLICA LOZANO CORREA
Demandado: PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA Y OTROS
Referencia: CUMPLIMIENTO DE NORMAS CON FUERZA MATERIAL DE LEY O DE ACTOS ADMINISTRATIVOS

Decide la Sala la solicitud presentada por la señora Angélica Lozano Correa en nombre propio con el fin de obtener el cumplimiento de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 135 de la Ley 1753 de 2015.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

- 1) Mediante escrito presentado en la Secretaría de la Sección Primera de esta corporación la señora Angélica Lozano Correa en nombre propio demandó en ejercicio del medio jurisdiccional de cumplimiento de normas con fuerza material de ley contra el Presidente de la República y los ministerios de Hacienda y Crédito Público, Salud y Protección Social y del Trabajo (fls. 1 a 9)
- 2) Efectuado el respectivo reparto de la Secretaría de la Sección Primera del tribunal correspondió el conocimiento del asunto al magistrado sustanciador de la referencia (fl. 28).
- 3) Una vez fue puesta en conocimiento del despacho del magistrado conductor del proceso por proveído visible en los folios 30 y 31 del

expediente se admitió la actuación judicial que ocupa la atención en esta oportunidad.

2. Los hechos de la demanda

Como fundamento fáctico de las súplicas la parte demandante expuso, en síntesis, lo siguiente:

- 1) Mediante Ley 1753 de 2015 el “Congreso de la República expidió el Plan de Nacional 2014 – 2018” el cual en el inciso tercero del artículo 153 introdujo una modificación en el régimen de cotización de los contratistas de prestación de servicios públicos y privados consistente en que los contratantes públicos y privados tienen la obligación de retener directamente las cotizaciones que se deben efectuar al Sistema General de Seguridad Social.
- 2) Pese a que el referido inciso tercero del artículo 135 de la Ley 1753 de 2015 ordenó expresamente que la autoretención de cotizaciones a los contratistas por parte de los contratantes tuviera vigencia inmediata, lo cierto es que esto no se ha cumplido a causa de la negligencia del Gobierno Nacional para expedir la reglamentación correspondiente que permita establecer la forma en la que se deberá realizar dicha autoretención.
- 3) Ante la evidente negligencia del Gobierno del Presidente de la República en cumplir una de sus mismas propuestas realizadas al pueblo colombiano en las pasadas elecciones presidenciales y materializada en una ley de imperativo cumplimiento el 14 de julio de 2017 se elevó una petición ante los ministerios competentes en la materia con el fin de constituirlos en renuencia.
- 4) Motivados por la solicitud descrita los ministerios correspondientes procedieron a publicar un borrador del proyecto decreto reglamentario de la norma objeto de la presente demanda en la página electrónica oficial del Ministerio de Hacienda y Crédito Público el 31 de julio y 15 de agosto de 2017.
- 5) Ante la no expedición de la reglamentación correspondiente y luego de 4 meses procedió de nuevo a requerir el cumplimiento inmediato del inciso

tercero del artículo 135 de la Ley 1753 de 2015, esta vez elevándola ante el Presidente de la república y reiterándola ante los ministerios de Hacienda y Crédito Público, Salud y Protección Social, y Trabajo.

6) Hasta el momento de interponerse la presente demanda solo contestaron el requerimiento el Ministerio de Hacienda y Crédito Público quien manifestó que el asunto es muy complejo y que por ahora no van a expedir la reglamentación, y el Ministerio de Salud y Protección Social se limitó a manifestar que la reglamentación es liderada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

3. Las pretensiones

Con fundamento en lo anterior la parte actora solicitó que se acceda a las siguientes súplicas:

"VII) PETICIÓN:

Conforme las razones de hecho y derecho expuestas, me permito solicitar a sus señorías dispongan ordenar al Presidente de la República y a los Ministros de Hacienda y Crédito, Salud y Protección Social y Trabajo que de forma inmediata realicen las acciones necesarias para dar cumplimiento a lo señalado en el último párrafo del inciso 3º del art. 135 de la Ley 1753 de 2015" (fl. 9 – mayúsculas sostenidas y negrillas del original).

4. La actuación judicial en esta corporación

A través de providencia visible en los folios 30 y 31 del cuaderno principal del expediente se admitió la demanda de la referencia la cual fue notificada al Presidente de la República y a los ministros de Hacienda y Crédito Público, Salud y Protección Social y del Trabajo según constancias que obran en los folios 32 a 44 *ibidem*.

5. Contestaciones de la demanda

5.1 Ministerio de Salud y Protección Social

El Ministerio de Salud y Protección Social en escrito radicado en la Secretaría de la Sección Primera de esta corporación (fls. 45 a 49) contestó la demanda con los siguientes argumentos:

- 1) El ministerio no está incumpliendo con sus deberes constitucionales y legales, y ante el requerimiento elevado por la parte actora se le informó que dada la complejidad de los temas que se abordan de la mencionada norma y que de los mismos se han generado distintos espacios de discusión entre los ministerios involucrados y demás intervinientes tales como la ANDI, ASOFONDOS, la Federación Nacional de Cafeteros, etc., con el fin de unificar posiciones y mitigar el impacto que genera el proyecto y así avanzar en la reglamentación como lo ha informado el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.
- 2) El texto del proyecto fue publicado para comentarios entre el 24 de diciembre de 2015 y el 3 de enero de 2016 y con motivo de la expedición del Decreto 270 de 14 de febrero de 2017 que modificó el Decreto 1081 de 2015 se hizo necesario realizar una nueva publicación del texto incluyendo los aspectos acordados en la versión inicial, publicación que se realizó entre el 31 de julio y 15 de agosto de 2017 en donde se recibieron nuevos comentarios que vienen siendo objeto de análisis por parte de los ministerios involucrados.
- 3) No existe una negativa por parte de la cartera ministerial como quiera que ha realizado gestiones conjuntas en aras de la expedición de la reglamentación de la norma que aquí se reclama su cumplimiento pues, se trata de un tema que requiere de un amplio estudio con los demás accionados por su complejidad e igualmente es importante destacar que la potestad reglamentaria no tiene temporalidad.
- 4) El medio de control jurisdiccional de cumplimiento de normas con fuerza material de ley o de actos administrativos es idóneo para solicitar el cumplimiento de la potestad reglamentaria por parte del Gobierno Nacional

143

cuando el legislador establece un término, situación que no se da en el presente asunto por cuanto la norma no establece límite temporal alguno.

5) Es claro que para que proceda la demanda se requiere el incumplimiento o el inminente incumplimiento de una norma con fuerza material de ley o de un acto administrativo que en este caso no se cumple.

En el escrito de contestación de la demanda el Ministerio de Salud y Protección Social propuso como excepción la genérica.

5.2 Ministerio de Hacienda y Crédito Público

La apoderada judicial de la citada cartera ministerial mediante escrito radicado en la secretaría de la Sección Primera de este tribunal (fl. 61 a 67) contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones en los siguientes términos:

1) El inciso tercero del artículo 135 de la Ley 1753 de 2015 dispone que la retención de la cotización a los contratistas se efectuará en la forma que para el efecto determine el Gobierno Nacional, es decir supeditó la norma a la reglamentación que está realizando el Ministerio de Hacienda y Crédito Público en conjunto con las entidades ministeriales competentes y con representantes del sector privado, tales como la ANDI y el Consejo Intergremial, para lo cual se conformó una mesa de trabajo conjunta teniendo en cuenta que en los comentarios efectuados al proyecto del decreto publicado en la página electrónica del Ministerio de Hacienda y Crédito Público resaltaron el impacto que puede tener la competitividad de las empresas en la implementación de la retención de cotizaciones al sistema de seguridad social.

2) Por la complejidad del asunto, los impactos económicos y la competitividad del sector privado fue necesario implementar unas mesas de trabajo para estudiar a profundidad el asunto y expedir un reglamento que involucre a todos los destinatarios de la norma.

3) Las premisas y razonamientos que la parte actora manejó para demostrar la presunta omisión del Gobierno Nacional en la reglamentación

de la citada norma no se ajustan a la realidad y comportan el carácter de infundadas como quiera que se han desarrollado todas las gestiones pertinentes, lo anterior aunado a que de la revisión del artículo 135 de la Ley 1735 de 2015 se da plena cuenta que no estipuló límite temporal alguno con lo cual se demuestra la improcedencia de la acción de cumplimiento.

4) El Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia sobre los requisitos de procedibilidad de la acción de cumplimiento y en especial en sentencia de 10 de febrero de 2000 consideró que por lo menos en principio la acción de cumplimiento no es el mecanismo idóneo para exigir al Gobierno Nacional el ejercicio de la potestad reglamentaria, debido a que carece por completo de fundamento pretender que se le imponga al Gobierno Nacional un plazo o condiciones al Presidente de la República pues es contrario al numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política.

5.3 Presidencia de la República

El Departamento Administrativo de la Presidencia de la República en escrito radicado en la secretaría de la Sección Primera de esta corporación (fls. 80 a 90 cdno. ppal.) contestó la demanda con los siguientes argumentos:

- 1) No existe mérito para demandar al Presidente de la República como quiera que la constitución en renuencia se predica del competente para resolver la petición de cumplimiento.
- 2) La demanda es improcedente por cuanto que no se cumple el requisito de procedibilidad en los términos previstos en el artículo 8 de la Ley 393 de 1997 pues, la parte actora elevó la petición ante el Presidente de la República la cual fue contestada en dos ocasiones y se le informó a la peticionaria que la solicitud fue trasladada como quiera que la entidad no es competente para resolverla.
- 3) El Presidente de la República no representa legal ni judicialmente al Estado ni ninguna entidad del orden nacional o territorial y tampoco representa legal ni judicialmente a la Presidencia de la República por cuanto esta tiene su propio representante legal.

4) El artículo 115 de la Constitución Política preceptúa que el Presidente de la República es el Jefe de Estado, del Gobierno y la suprema autoridad administrativa y en cada negocio particular el Gobierno se constituye con el Presidente y el ministro o director del departamento correspondiente, de manera que los actos del Primer Mandatario tienen valor y fuerza cuando son suscritos y comunicados por el Gobierno, hecho por el cual se hace responsable el ministro del ramo respectivo o el director del departamento.

5) Asimismo el artículo 159 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo explica que la capacidad y la representación de las entidades públicas y particularmente en lo que se refiere a la representación judicial de los ministerios y de los departamentos administrativos están en cabeza de sus respectivos ministros y directores, y la única excepción que establece la norma en cuanto a la representación judicial que ejerce el Presidente de la República es cuando el contrato haya sido suscrito directamente por él.

6) El artículo 189 de la Carta Política determina las funciones que ejerce el Presidente de la República en calidad de Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y suprema autoridad administrativa, en concordancia con la Ley 489 de 1998 que establece las figuras de la delegación, desconcentración y delegación se entiende la manera en que se cumplen las funciones a él asignadas.

7) Resulta desproporcionado y contrario al espíritu de la Constitución y de la ley pretender que el Presidente de la República asuma la responsabilidad por el indebido o incorrecto ejercicio de las funciones que ha delegado o estén en cabeza de otro servidor público en virtud de la desconcentración o descentralización o que por razones ajenas no se logren ejercer.

8) El trámite y elaboración del decreto reglamentario está surtiéndose por parte de la entidad competente y una vez culminado dicho trámite lo remitirá para la revisión y firma por parte del Presidente de la República y mientras ellos no ocurra no se puede hablar de un incumplimiento por parte de aquel.

9) El artículo 8 de la Ley 393 de 1997 preceptúa que la acción de cumplimiento procede contra la acción u omisión de la autoridad que incumpla o ejecute actos que lleven al juez de conocimiento a deducir inminente cumplimiento de normas, de ahí que no puede tratarse de

146

cualquier cláusula general de carácter normativo sino de forzar el cumplimiento de aquellas que no versen sobre el poder discrecional de las autoridades o que solo constituyen un marco orientador de políticas y principios, sino de mandatos expresos, explícitos y exigibles a determinada autoridad.

10) Por lo anterior se debe desvincular al Presidente de la República por no estar incurso en el incumplimiento alegado por la parte actora y denegar las pretensiones de la demanda como quiera que no hay incumplimiento de un mandato imperativo e inobjetable en el presente asunto.

5.4 Ministerio del Trabajo

La apoderada judicial del Ministerio del Trabajo mediante escrito radicado en la secretaría de la Sección Primera de esta corporación visible en los folios 96 a 100 del expediente contestó la demanda de la referencia donde expuso en síntesis, lo siguiente:

1) La no expedición de la reglamentación del inciso tercero del artículo 135 de la Ley 1753 de 2015 por parte del Gobierno Nacional no es consecuencia de la negligencia de los ministerios intervinientes sino que, contrariamente a lo manifestado por la parte actora, tal ausencia reglamentaria obedece a la complejidad y dificultad que implica la reestructuración administrativa y financiera de todas las empresas públicas y privadas para ejecutar directamente la retención en la cotización de los contratistas.

2) Se publicó el proyecto de reglamentación el cual por su complejidad y especialidad ha sido objeto de diversas observaciones por diferentes sectores como Asofondos, Asofiduciarias con lo que se demuestra que no ha sido negligencia por parte del Gobierno Nacional en darle cumplimiento a los mandatos legales.

3) Las entidades competentes de reglamentar el mencionado inciso tercero del artículo 135 de la Ley 1753 de 2015, entre ellas el Ministerio del Trabajo, han llevado a cabo acciones y actuaciones propias y necesarias para el cumplimiento imperativo normativo como quiera que ha participado activamente en mesas de trabajo conjuntas con los ministerios de Hacienda y

Crédito Público, de Salud y Protección Social, y ha elevado observaciones al proyecto del decreto publicado por la cartera de hacienda el 31 de julio de 2017, conductas que dan cuenta de la diligencia y probidad en atender lo ordenado por la ley.

4) Si bien el Gobierno Nacional no ha expedido la reglamentación respecto de la retención de la cotización de los contratistas por parte de las entidades públicas y privadas ello no obedece, como lo quiere demostrar la demandante, a una absoluta inactividad dada por su negligencia en incumplimiento de sus funciones pues, lo que aquí se visualiza es una inactividad aparente dada la necesidad de adelantar los estudios técnicos adecuados a fin de ponderar una situación compleja que repercute en reestructuraciones administrativas y financieras de las entidades públicas y privadas, máxime si los porcentajes de contratos de prestación de servicios en muchas oportunidades superan en número la planta directa de esas entidades, razón por la cual no se está frente a un incumplimiento de la función pública del Ministerio del Trabajo sino que, se está ante el ejercicio legítimo de la administración en realizar los análisis y estudios adecuados para expedir una reglamentación conveniente a las circunstancias socio económicas del país y no expedir una reglamentación vaga que pretenda dar cumplimiento a la ley.

5) Diferentes asociaciones que demuestran su preocupación en la reglamentación de la citada norma como lo es la Asociación Colombiana de Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías quien mediante escrito de 15 de agosto de 2017 dirigido a los ministerios implicados afirmó que comparten la finalidad de la norma, ello de determinar la exigencia de cargas operativas significativas en la implementación del esquema de retención y pago de aportes de los contratistas degenerando en la marginación de este tipo de vinculación contractual por sus cargas y riesgos administrativos.

6) Por otra parte, la Asociación de Fiduciarias mediante escrito de 25 de enero de 2016 dirigido al Ministerio de Hacienda y Crédito Público manifestó su preocupación en la obligación de retención de los recursos que corresponden a los aportes de seguridad social pues, ello implicaría a la sociedad fiduciaria en calidad de contratante y a los consorcios o uniones temporales frente a los trabajadores independientes con contrato de

prestación de servicios, igualmente manifestó inquietudes en la determinación del ingreso base de cotización en aquellos contratos en los que se pacta deducción de expensas y que no son determinables al momento de cada pago por parte del contratante comprometiendo el cumplimiento de la obligación legal.

7) Analizada la norma que se exige su cumplimiento se observa que el legislador no determinó plazo para que el Gobierno Nacional dicte la correspondiente reglamentación, de modo que en este evento el mandato no es imperativo e inobjetable debido a la ausencia de señalamiento de término perentorio que se hubiera impuesto al Gobierno Nacional, sin que para el presente caso implique una absoluta inactividad ministerial en la reglamentación pues, como queda evidenciado y es reconocido por la misma parte actora los ministerios intervinientes han desplegado acciones tendientes en dar cumplimiento a lo ordenado en la ley.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Cumplidos los trámites propios del proceso, sin que exista causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el asunto sometido a consideración con el siguiente derrotero: 1) finalidad de la acción de cumplimiento, 2) las excepciones propuestas, 3) las normas cuyo cumplimiento se reclaman y 4) el caso en concreto.

1. Finalidad del medio de control jurisdiccional de cumplimiento de normas con fuerza material de ley o de actos administrativos

El medio de control jurisdiccional de cumplimiento de normas con fuerza material de ley o de actos administrativos consagrado en el artículo 87 de la Constitución Política y desarrollado por la Ley 393 de 1997 y el artículo 146 de la Ley 1437 de 2011 tiene por finalidad hacer efectivo el derecho de que goza toda persona, natural o jurídica, pública o privada en cuanto titular de intereses jurídicos para exigir tanto a las autoridades públicas como a los particulares que ejerzan funciones de esta índole, el cumplimiento de una ley o de un acto administrativo que ha impuesto ciertos deberes u obligaciones a tal autoridad la cual se muestra renuente a cumplirlos, y de tal forma hacer efectiva la observancia del ordenamiento jurídico existente.

149

Sobre el particular, es pertinente advertir que los requisitos mínimos exigidos para la procedencia del medio de control jurisdiccional de cumplimiento de normas con fuerza material de ley o de actos administrativos son los siguientes:

- a) Que el deber jurídico que se pide hacer cumplir se encuentre consignado en normas aplicables con fuerza material de ley o actos administrativos (art. 1º Ley 393 de 1997).
- b) Que el mandato sea imperativo e inobjetable y que esté radicado en cabeza de aquella autoridad pública o de un particular en ejercicio de funciones públicas, frente a los cuales se reclama su cumplimiento (arts. 5º y 6º *ibidem*).
- c) Que se pruebe la renuencia al cumplimiento del deber, ocurrida ya sea por acción u omisión del exigido a cumplir, o por la ejecución de actos o hechos que permitan deducir su inminente incumplimiento (art. 8º de la misma norma).
- d) Que el deber cuyo cumplimiento se reclama, contenido en la norma con fuerza material de ley o acto administrativo, sea válido jurídicamente y exigible actualmente.
- e) No procede la acción cuando el afectado tenga o haya tenido otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento del deber jurídico salvo el caso que, de no proceder el juez administrativo, se produzca un perjuicio grave e inminente para quien ejerció la acción.

2. Las excepciones propuestas

En cuanto a la excepción propuesta por el Ministerio de Salud y Protección Social denominada genérica no está llamada o prosperar debido a que en el proceso no existe prueba de ninguna excepción que pueda y deba ser declarada de oficio.

3. Las normas cuyo cumplimiento se reclaman

La parte actora alega como mandato incumplido el contenido en el inciso tercero del artículo 135 de la Ley 1753 de 2015 cuyo texto es el siguiente:

"ARTÍCULO 135. INGRESO BASE DE COTIZACIÓN (IBC) DE LOS INDEPENDIENTES. Los trabajadores independientes por cuenta propia y los independientes con contrato diferente a prestación de servicios que perciban ingresos mensuales iguales o superiores a un (1) salario mínimo mensual legal vigente (smmlv), cotizarán mes vencido al Sistema Integral de Seguridad Social sobre un ingreso base de cotización mínimo del cuarenta por ciento (40%) del valor mensualizado de sus ingresos, sin incluir el valor total del Impuesto al Valor Agregado (IVA), cuando a ello haya lugar, según el régimen tributario que corresponda. Para calcular la base mínima de cotización, se podrán deducir las expensas que se generen de la ejecución de la actividad o renta que genere los ingresos, siempre que cumplan los requisitos del artículo 107 del Estatuto Tributario.

En caso de que el ingreso base de cotización así obtenido resulte inferior al determinado por el sistema de presunción de ingresos que determine el Gobierno Nacional, se aplicará este último según la metodología que para tal fin se establezca y tendrá fiscalización preferente por parte de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP). No obstante, el afiliado podrá pagar un menor valor al determinado por dicha presunción siempre y cuando cuente con los documentos que soportan la deducción de expensas, los cuales serán requeridos en los procesos de fiscalización preferente que adelante la UGPP.

En el caso de los contratos de prestación de servicios personales relacionados con las funciones de la entidad contratante y que no impliquen subcontratación alguna o compra de insumos o expensas relacionados directamente con la ejecución del contrato, el ingreso base de cotización será en todos los casos mínimo el 40% de valor mensualizado de cada contrato, sin incluir el valor total el Impuesto al Valor Agregado (IVA), y no aplicará el sistema de presunción de ingresos ni la deducción de expensas. **Los contratantes públicos y privados deberán efectuar directamente la retención de la cotización de los contratistas, a partir de la fecha y en la forma que para el efecto establezca el Gobierno Nacional.**

Cuando las personas objeto de la aplicación de la presente ley perciban ingresos de forma simultánea provenientes de la ejecución de varias actividades o contratos, las cotizaciones correspondientes serán efectuadas por cada uno de los ingresos percibidos de conformidad con la normatividad aplicable. Lo anterior en concordancia con el artículo 50 de la Ley 797 de 2003.

4. El caso concreto

En el caso *sub examine* la parte actora en ejercicio del medio de control en jurisdiccional de cumplimiento de normas con fuerza material de ley o de actos administrativos demandó al Presidente de República y a los ministerios de Hacienda y Crédito Público, Salud y Protección Social, y del Trabajo con el fin de que cumplan con lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 135 de la Ley 1753 de 2015, y que en consecuencia se les ordene que expidan la correspondiente reglamentación con la finalidad de que a las personas que tienen suscritos contratos por prestación de servicios con entidades públicas y privadas se les efectúe de menara directa por parte de estas últimas la retención por concepto de seguridad social.

En los términos en que ha sido propuesta la controversia la Sala accederá a las súplicas de la demanda por las siguientes razones:

1) En relación con los requisitos mínimos del medio de control jurisdiccional de cumplimiento de normas con fuerza material de ley o de actos administrativos Consejo de Estado ha precisado lo siguiente:

"El artículo 87 de la Constitución Política permite que toda persona pueda acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo que otra autoridad se rehúsa a observar y que en caso de prosperar la acción, en sentencia se le ordenará la ejecución del deber omitido.

*"Ahora bien, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 393 de 1997, son tres los requisitos mínimos exigidos para que proceda la acción de cumplimiento: a) Que la obligación cuya observancia se discute esté consignada en la ley o en acto administrativo; b) **Que contenga la norma un mandato claro, inobjetable para la autoridad a la cual se reclama el cumplimiento;** y c) Que se pruebe la renuencia tácita o expresa de la autoridad llamada a cumplir la norma jurídica"* (se adicionan negrillas)

Asimismo la Sección Quinta del Consejo de Estado respecto de los requisitos que debe reunir la demanda en ejercicio del medio de control jurisdiccional de cumplimiento de normas con fuerza material de ley o de actos administrativos de acción de cumplimiento para que sea procedente ha señalado lo siguiente:

*"La ley 393 de 1997 señala como requisitos para la procedencia de la acción de cumplimiento, **que el deber jurídico cuyo cumplimiento se exige por medio de la acción, esté***

¹ Consejo de Estado, Sección Quinta, expediente 2002-1065-01(ACU-1498), MP Roberto Medina López.

152

consignado en normas con fuerza de ley o en actos administrativos, de una manera tal que sea imperativo, inobjetable y exigible a la autoridad de la cual se está reclamando su ejecución; que la administración haya sido y continúe siendo renuente a cumplir, que tal renuencia sea probada por el demandante de la manera como lo exige la ley, y que, tratándose de actos administrativos de carácter particular, el afectado no tenga ni haya tenido otro instrumento judicial para lograr su cumplimiento, salvo en el caso en que, de no proceder el juez, se produzca un perjuicio grave e inminente para quien ejerció la acción.

“.....
“En lo que hace a las características de la obligación exigible, esta Corporación ha sido enfática en señalar que cuando las normas cuyo cumplimiento se demandan no contienen un mandato imperativo inmediato y preciso para el demandado, las pretensiones no pueden prosperar.

“.....”²
 (resalta la Sala).

De acuerdo con los apartes jurisprudenciales antes transcritos y con los lineamientos trazados por esta corporación en reiteradas oportunidades³ se tiene lo siguiente:

- a) El deber jurídico incumplido, consignado en una norma con fuerza material de ley o en un acto administrativo, debe contener un mandato imperativo, inobjetable, preciso y exigible a la autoridad respecto de la cual se busca el cumplimiento del mismo, sin ningún condicionamiento, es decir, que su obligatoriedad debe resultar evidente y sin discusión alguna.
- b) Adicionalmente, el incumplimiento de dicho mandato debe generar una irregularidad de la autoridad renuente en el ejercicio de sus funciones.
- c) Que el demandante no cuente con otro mecanismo judicial para lograr el cumplimiento de la norma con fuerza material de ley o los actos administrativos.
- d) Finalmente, en los eventos en que la norma cuyo cumplimiento se demanda no reúnan las características anotadas anteriormente no se podrá acceder a las pretensiones de la demanda.

² Consejo de Estado, Sección Tercera, rad. 2003-00451-01, MP Alíer Eduardo Hernández Enríquez.

³ Véanse entre otras: Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “B”, sentencia de 20 de febrero de 2012, exp. no. AC-2012-00061, MP Fredy Ibarra Martínez.

2) La Presidencia de la República en el escrito de contestación de la demanda manifestó que al Presidente de la República no se le constituyó en debida forma en renuencia como quiera que no es el competente para cumplir con lo dispuesto en la norma cuyo cumplimiento aquí se reclama y por lo tanto la demanda es improcedente.

Al respecto sobre el escrito para constituir en renuencia a la autoridad supuestamente incumplida el Consejo de Estado⁴ ha precisado lo siguiente:

"(...) en precisar que la renuencia consiste en "la rebeldía al cumplimiento de su deber", por parte de las autoridades y que no basta el ejercicio del derecho de petición en forma genérica para que pueda hablarse de renuencia, pues para ello es necesario reclamar específicamente un mandato con fuerza material de ley o acto administrativo y que la autoridad concernida se ratifique en el incumplimiento o no conteste la petición en el término de diez (10) días. Es claro sin embargo, que 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. Pero la petición para constituir en 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." (se resalta).

Acerca de los requisitos que debe reunir el escrito con el que se reclama el cumplimiento del deber legal o administrativo ante la autoridad o entidad incumplida la jurisprudencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado⁵ ha señalado lo siguiente:

"El requisito de la renuencia para la procedencia de la acción contempla el estudio de dos aspectos: De un lado, la reclamación del cumplimiento y, de otro, 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. 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

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. M.P.: Reinaldo Chavarro Buritica. Bogotá D.C. Noviembre 21 de 2002. Radicado No. 25000-23-25-000-2002-2256-01(ACU-1614).

⁵ Providencia de 31 de marzo de 2006, expediente No. 15001-23-31-000-2005-01232-01(ACU), Magistrado Ponente Daría Quiñones Pinilla.

LSH

Expediente No. 25000-23-41-000-2018-00058-00

Actor: Angélica Lisbeth Lozano Correa

Cumplimiento de normas con fuerza material de ley o de actos administrativos

obligación, y iii) la explicación del sustento en el que se funda el incumplimiento”.

Bajo esa directriz jurisprudencial se tiene que tal escrito debe contener los siguientes requisitos:

- a) En primer lugar, se debe solicitar el cumplimiento de una norma con fuerza material de ley o de un acto administrativo.
- b) El señalamiento preciso de la disposición que consagra la obligación incumplida.
- c) Los argumentos en los que se funda el incumplimiento.

En ese sentido, la Sección Quinta de esa misma corporación en sentencia de 14 de abril de 2005 proferida dentro del proceso número 19001-23-31-000-2004-02248-01(ACU), Magistrada Ponente María Nohemí Hernández Pinzón puso de presente lo siguiente:

“Se trata, entonces, de un requisito de procedibilidad de la acción de cumplimiento, que se satisface siempre que en los escritos de solicitud del interesado y de respuesta de la autoridad -o el sólo escrito de solicitud, cuando la autoridad no contestó-, se observen los siguientes presupuestos:

“a) que coincidan claramente en el escrito de renuencia y en la demanda, las normas o actos administrativos calificados como incumplidos,

b) que sea idéntico el contenido de lo pretendido ante la administración, a lo planteado ante la jurisdicción en ejercicio de la acción de cumplimiento,

c) que quien suscribe la petición de renuencia sea el actor del proceso,

d) que la entidad a la cual va dirigida la petición previa sea la misma que se demanda en la acción de cumplimiento y,

e) que la autoridad a quien va dirigido el escrito se haya ratificado en el incumplimiento del deber legal o administrativo reclamado o haya guardado silencio frente a la solicitud.”⁶ (resalta la Sala).

Según el aparte jurisprudencial antes transcrito debe existir coincidencia entre:

- a) el contenido de la petición de cumplimiento y la demanda; b) la entidad

⁶ Véanse, entre muchas otras providencias: Consejo de Estado, Sección Quinta. Exp. ACU-0653, sentencia del 16 de diciembre de 2004.

SS

ante la que se eleva la solicitud y contra la que se dirige la demanda y; c) quien promueve la demanda y presenta la petición.

En este contexto la Sala advierte que no le asiste razón a la Presidencia de la República como quiera que la parte actora sí constituyó en renuencia en debida forma al Presidente de la República como se desprende del documento que obra en los folios 20 y 21 del cuaderno principal del expediente, mediante el cual la parte actora le solicitó de modo concreto que diera cumplimiento al deber legal consagrado en el inciso tercero del artículo 135 de la Ley 1753 de 2015 sustentando tal petición con los mismos hechos ahora invocados con la demanda de la referencia, es decir que se cumplen con los criterios señalados por la jurisprudencia para entenderse agotado en debida forma el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 8 de la Ley 393 de 1997.

3) Por otra parte, frente al argumento de que hay falta de legitimación en la causa por pasiva respecto del Presidente de la República se tiene que tampoco le asiste razón en el entendimiento de que los artículos 5 y 6 de la Ley 393 de 1997 preceptúan que la demanda en ejercicio del medio de control jurisdiccional de cumplimiento de normas con fuerza material de ley o de actos administrativos se puede dirigir en contra de autoridades públicas administrativas y particulares que ejerzan funciones públicas, y en el caso de las primeras no es requisito ni condición que estas sean o no los representantes legales de los organismos o entidades a los que se encuentran vinculadas.

No obstante, es relevante anotar para este caso que de conformidad con el artículo 115 de la Constitución Política el Presidente de la República es la suprema autoridad administrativa y junto con los ministros y directores de los departamentos administrativos conforman el Gobierno Nacional, es decir que sí está legitimado en la causa por activa.

4) Establecido lo anterior la Sala advierte que el caso *su judice* se tiene que el inciso tercero del artículo 135 de la Ley 1753 de 2015 en principio contiene una obligación en cabeza de las entidades públicas y privadas que tengan suscritos contratos por prestación de servicios, en el sentido que deberán efectuar directamente la retención correspondiente a la cotización del sistema general de seguridad social de aquellos contratistas una vez el

156

*Expediente No. 25000-23-41-000-2018-00058-00**Actor: Angélica Lisbeth Lozano Correa**Cumplimiento de normas con fuerza material de ley o de actos administrativos*

Gobierno Nacional expida la correspondiente reglamentación, aspecto este último que es lo pretendido por la parte actora.

Al respecto la Sección Quinta del Consejo de Estado en sentencia de segunda instancia de 26 de noviembre de 2015 proferida dentro del proceso no. 63001-23-33-000-2015-00227-01 analizó toda la línea jurisprudencial que dicha corporación ha trazado referente a la procedencia del medio de control jurisdiccional de cumplimiento de normas con fuerza material de ley o de actos administrativos con la finalidad de obtener por parte del Gobierno Nacional el ejercicio de la potestad reglamentaria sobre las leyes expedidas por el legislador, determinando lo siguiente:

a) Inicialmente no le era posible al juez de la acción de cumplimiento -hoy denominado medio de control jurisdiccional de cumplimiento de normas con fuerza material de ley o de actos administrativos- con ocasión de la expedición de la Ley 1437 de 2011 ordenarle al Gobierno Nacional por considerarse inicialmente frente al punto que se trataba del ejercicio de la potestad reglamentaria atribuida por la Constitución Política y que para ello goza de amplia discrecionalidad, como por ejemplo para establecer la oportunidad y momento para su ejercicio, y que imponerle su ejercicio implicaba limitar una competencia que no tenía condicionamiento alguno, tesis que expuso en los siguientes términos:

"Sin embargo, esto no siempre fue así, pues en un primer momento, la jurisprudencia de esta Sección del Consejo de Estado afirmó que no era posible, para el juez de cumplimiento, ordenar al Gobierno Nacional la reglamentación de una ley. Esta tesis buscaba privilegiar el principio de separación de poderes, de forma tal que en sentencia del 10 de febrero de 2000, la Sección Quinta señaló:

"Carece por completo de fundamento pretender que mediante la acción de cumplimiento, se le pueda imponer un plazo o establecer unas condiciones al Presidente de la República para ese efecto, toda vez que ello constituiría una clara violación del artículo 189.11 constitucional".⁷

Dicha tesis encontró acogida dentro de esta Corporación, por ello en sentencia del 27 de mayo del 2004 proferida en el proceso N° 25000-23-24-000-2003-01863-02 (ACU), la Sección determinó que:

"el deber legal reclamado no es uno de aquellos que pueda ser ordenado a través de la acción de cumplimiento, en la medida en que implica exigir al Gobierno Nacional el ejercicio

⁷ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 10 de Febrero De 2000, Radicado. Acu-1123.

de la potestad reglamentaria que le fue constitucionalmente atribuida, para lo cual aquel goza de amplia discrecionalidad"

La anterior postura se reiteró en la sentencia del 9 de septiembre de 2004 con Ponencia del Dr. Darío Quiñones, en la que nuevamente se estipuló que la facultad reglamentaria es una "potestad que se concreta en la expedición de una norma general, abstracta, secundaria, inferior y complementaria de la ley que se justifica por su necesidad para ejecutarla. Consecuentemente, su ejercicio no puede ser impuesto por el juez constitucional, pues ello implicaría limitar una competencia que, sin condicionamiento alguno, la Constitución Política atribuye al Presidente de la República." (negritas adicionales).

b) Desde el año 2011 se varió la anterior tesis jurisprudencial en el sentido de estimarse que si el legislador había fijado un límite de tiempo en la norma para que el Gobierno Nacional expidiera la correspondiente reglamentación y este ya hubiera expirado en este caso la acción de cumplimiento si resulta procedente para exigir el ejercicio de la potestad reglamentaria, como quiera que corresponde a un deber inobjetable que debe cumplirse dentro de un límite de tiempo y de no hacerlo se podría exigir su materialización a través del mecanismo judicial pertinente, conclusión a la que arribó con apoyo en el siguiente razonamiento:

"No obstante, en el año 2011 con el objetivo de dar prevalencia al principio de deferencia al legislador y a la doctrina de frenos y contrapesos, la Sección Quinta decidió variar la línea jurisprudencial esbozada en precedencia y en su lugar determinó que si en la norma, que se consideraba incumplida, el legislador había establecido un tiempo determinado para ejercer la potestad reglamentaria, dicha disposición sería exigible a través de la acción de cumplimiento.

En efecto, en sentencia del 9 de junio de 2011 la Sala determinó que:

"(...) el ejercicio de la potestad reglamentaria por cuenta del Presidente de la República, no está sujeto a límite temporal alguno, pero que si el legislador le impone un plazo para su ejercicio, ello a más de ser constitucional, si puede calificarse como un deber inobjetable que pueda exigirse por conducto de la acción de cumplimiento, pues lo que se hace cierto e inobjetable no es el contenido de la reglamentación, campo donde el ejecutivo tiene cierta discrecionalidad, sino el deber de desarrollar la potestad reglamentaria dentro de cierto límite de tiempo.

En definitiva, la acción de cumplimiento si es el mecanismo idóneo para exigir del Gobierno Nacional la ejecución de

158

leyes que le ordenen ejercer la potestad reglamentaria para lograr el respectivo desarrollo legislativo, siempre y cuando la ley le haya fijado un término para ello y el mismo haya expirado. Bajo esas circunstancias el deber legal se torna inobjetable e incontinente, entre otras razones porque no resulta improcedente a la luz de las causales legalmente establecidas en la Ley 393 de 1997⁹ (Negrillas en texto original).

Según esta nueva postura jurisprudencial para que proceda la acción, además es necesario que el lapso que estipule la ley, al momento de presentar la demanda, esté vencido pues “[s]i el órgano legislativo fija en la ley un término dentro del cual el Presidente de la República habrá de expedir el decreto reglamentario, la discrecionalidad con que cuenta el Gobierno Nacional no se elimina sino que se limita, pues, si bien sigue contando con la facultad de expedir el respectivo reglamento, ya no lo puede hacer en cualquier tiempo, sino que debe dictarlo dentro del lapso que le ha sido establecido por el Congreso de la República”.¹⁰ (Subrayas fuera de texto)

Entonces, desde el año 2011 esta Sección del Consejo de Estado -a la que se le ha confiado la honrosa labor de cerrar jurisprudencia en tratándose de esta acción constitucional- entiende que es posible ordenar la reglamentación de una ley, a través de la acción de cumplimiento, siempre y cuando la misma normativa que se considera incumplida, imponga un término preciso para ejercer la potestad reglamentaria.” (negrillas adicionales – subrayado del texto original).

c) Y más recientemente la anterior tesis fue variada en el entendido de que si el legislador no indicó límite de tiempo para que el Gobierno Nacional cumpla con la función de reglamentar determinada normatividad dicha obligación también es exigible y que por lo tanto la acción de cumplimiento igualmente es procedente en este evento, es decir que aun cuando no se haya estipulado plazo expreso para satisfacer tal obligación esta se torna exigible cuando quiera que la ausencia de la reglamentación hace inane o ineficaz la respectiva norma legal por no ser posible su aplicación material, perspectiva y requisito que sustentó con la siguiente valoración:

“En principio, el poder ejecutivo tiene plena autonomía para decidir cuándo ejerce la potestad reglamentaria reconocida en la Constitución. No obstante y como se anotó en muchos eventos el legislador, en aplicación del principio de colaboración armónica, es quien compele al Gobierno Nacional a ejercer dicha atribución.

Esto es así, porque algunas leyes están permeadas de tecnicidades que solo pueden ser desarrolladas a través de una normativa detallada y expedida por un experto que usualmente se encuentra en el Gobierno Nacional. Asimismo, es de anotar que algunas normas solo pueden alcanzar su

⁹ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 9 de junio de 2011, radicado 25000-23-24-000-2010-00629-01 CP: Susana Buitrago Valencia (E).

¹⁰ Consejo de Estado, Sección, Quinta, sentencia del 20 de febrero de 2014, radicado 05001-23-33-000-2013-01628-01 dte: Luis Alberto Martínez CP Ponente: Susana Buitrago Valencia.

efecto útil en la medida en que se expida la reglamentación exigida por la ley.

Por supuesto, la orden contenida en la ley relacionada con reglamentar determinada materia, no significa que el poder ejecutivo quede despojado de la discrecionalidad con la cuenta para reglamentar, pues el mandato que aquella impone no delimita la potestad reglamentaria, ni asigna los parámetros de contenido en los cuales esta deba surtirse.

Así pues, el legislador a través de la ley puede bien imponer un plazo al Gobierno Nacional para que aquel proceda a hacer la respectiva reglamentación o guardar silencio al respecto, y únicamente establecer el deber de reglamentar.

Para la Sala, como se explicará, en ambos supuestos, la acción de cumplimiento es procedente, debido a que la orden imperativa impuesta por el legislador al Gobierno Nacional carecería de eficacia si no se contara con un mecanismo judicial idóneo, que permitiera solicitar su materialización, independiente de si en la ley se impuso o no un término para su cumplimiento. Veamos:

En el primer evento, esto es, cuando se fija un plazo para el desarrollo de la potestad reglamentaria, usualmente la ley adopta la siguiente fórmula: "Dentro de los xxxx meses (o años) siguientes a la expedición de esta ley, el Gobierno reglamentará la materia". Bajo este supuesto, nace para el ejecutivo el deber imperioso e irrefutable de ejercer la potestad reglamentaria contemplada en el numeral 11 del artículo 189 Constitucional, de forma tal que para su ejercicio posee un determinado lapso, el cual empieza a contar desde la vigencia misma de la ley. Es de anotar que una vez vencido el término consagrado en la disposición legal, la obligación se torna exigible judicialmente.

En otras palabras, nos encontramos frente a una obligación sometida a plazo, la cual una vez el lapso contenido en la ley haya acaecido, concede a los ciudadanos, en caso de incumplimiento, la posibilidad de demandar la aplicación de la norma a través de la acción contenida en el artículo 87 Superior.

Nótese, como el vencimiento del lapso estipulado en la ley no significa que el ejecutivo pierda la competencia para reglamentar, sino que la obligación se torna exigible judicialmente, y por ello, la acción de cumplimiento es plenamente procedente, para satisfacer el deber que se dice insatisfecho.

En el segundo evento, es decir, cuando el legislador no estipuló un término, pero aun así contempla la obligación de reglamentar, la ley usualmente acuña frases como "el Gobierno reglamentará la materia," o "previa reglamentación que haga el Gobierno" o "de acuerdo a la reglamentación que se expida para el efecto".

En esta situación, la potestad de reglamentación si bien no indica un plazo para su ejercicio, también se torna obligatoria pues, como se explicó, se parte de la base de que la norma cuya reglamentación se exige solo alcanzará su eficacia plena cuando se expida el reglamento correspondiente. Se trata

160

entonces, desde la teoría de las obligaciones si se quiere, no ya de una obligación sujeta a plazo, sino de una pura y simple.

Así las cosas, que el legislador, guarde silencio respecto al tiempo en el que debe ejercerse la potestad reglamentaria, no significa que el poder ejecutivo quede relevado del deber que le impuso la ley, por el contrario, solo implica que surge para el gobierno la obligación de expedir la reglamentación exigida, obligación que, valga recordarlo, es de resultado -por oposición a una obligación de medio-.

Esto es así, porque la ausencia de un término para ejercer la potestad reglamentaria no significa que aquel mandato no sea exigible, razón por la cual la acción de cumplimiento sí es procedente para solicitar la materialización de esa clase de disposiciones.

En efecto, sería un contrasentido afirmar que la carencia de un plazo para ejercer la potestad reglamentaria, deriva en que el mandato contemplado en la ley se torna inane, inexistente o carente de exigencia, cuando lo cierto es que aquel es plenamente exigible.

En este sentido, se pronunció la Sección Cuarta del Consejo de Estado, en el año 2001¹¹, cuando consideró que aunque el mandato establecido en el parágrafo del artículo 27 de la Ley 633 de 2000 no contenía un término perentorio, aquel era exigible a través de la acción de cumplimiento. Esta Sala coincide con las conclusiones a las que en su momento arribó dicha Sección¹², pues como se ha puesto de presente, la ausencia de un término para satisfacer el mandato contemplado en la ley, solo significa que la obligación tiene carácter puro y simple.

Así las cosas, huelga manifestar que la acción de cumplimiento, se erige como el mecanismo idóneo para exigir al Gobierno Nacional el ejercicio de la potestad reglamentaria, aun cuando en la ley no se haya estipulado un lapso expreso para satisfacerla.

No obstante, no escapa a la Sala que carecería sentido aceptar, pese a la naturaleza pura y simple de la obligación objeto de estudio, que la acción de cumplimiento procede para exigir la satisfacción de la potestad reglamentaria al momento mismo de la vigencia de la ley que contenga dicho mandato.

Esto es así, porque la actividad de reglamentación es una tarea compleja, que usualmente está precedida de una serie de estudios de diversa índole, que soportan y fundamentan la reglamentación expedida, y que hacen que se torne imposible satisfacerla de forma inmediata.

En efecto, es tal la importancia de esos estudios previos, que de hecho de ellos dependerá que la norma cuya reglamentación se exige, alcance de forma cierta y eficaz el propósito que le trazó el legislador y, en consecuencia, es menester que el poder ejecutivo

¹¹ Esta sentencia fue dictada antes de que a la Sección Quinta se le entregara la competencia de fungir como Sala de Cierre en materia de acciones de cumplimiento.

¹² Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 5 de octubre de 2001, radicado 25000-23-24-000-2001-00348-01, radicado interno ACU 1076. CP. María Inés Barbosa

los adelante de forma profunda y acuciosa antes plasmar la reglamentación.

Bajo este panorama, es claro que aunque la acción de cumplimiento sí procede para exigir el ejercicio de la potestad reglamentaria aun cuando el legislador no haya establecido ningún tiempo específico para el efecto, lo cierto es que es físicamente imposible que la obligación contenida en la ley se satisfaga de manera inmediata o a los pocos días de haber sido expedida, y por ello, la acción de cumplimiento solo será procedente después de transcurrido un tiempo prudencial en el que el ejecutivo haya podido adelantar todos los estudios y análisis que son consustanciales al proceso de la reglamentación.

Así las cosas, con base en criterios de razonabilidad, la Sala encuentra que cuando la obligación legal de ejercer la potestad reglamentaria carece de un término específico, la acción de cumplimiento no procede de forma inmediata, sino dentro de un término razonable que en todo caso no exceda los 6 meses siguientes a la expedición de respectiva normativa, comoquiera que dicho lapso es suficiente para que el ejecutivo lleve a cabo todos los trámites pertinentes para expedir la reglamentación respectiva.

Esto no significa, que la obligación no exista, sino que aquella solo será exigible judicialmente, una vez acaecido un lapso razonable y prudencial en el cual, se reitera, se le haya permitido al Gobierno Nacional realizar todas las actividades previas que se necesitan para reglamentar determinada materia.

Bajo las consideraciones que preceden, y una vez agotadas las cargas de transparencia y argumentación la Sección Quinta del Consejo de Estado, autoridad judicial de cierre en lo que a la acción consagrada en el artículo 87 Constitucional respecta, rectifica su jurisprudencia en lo que a la procedencia de la acción de cumplimiento concierne, para concluir, sin dubitaciones, que la acción de cumplimiento procede para solicitar el ejercicio de la potestad reglamentaria por parte del Gobierno Nacional, independiente de si la ley que impone dicha actuación previó o no un término para ejercerla." (resalta la Sala).

De conformidad con lo anterior se tiene, inequívocamente, que el medio de control jurisdiccional de cumplimiento de normas con fuerza material de ley o de actos administrativos es procedente para exigir el cumplimiento de la potestad reglamentaria por parte del Gobierno Nacional tanto en el evento que el legislador ha fijado previa y expresamente un determinado plazo para ejercer tal competencia, como en el caso en el que no lo ha establecido pero, que resulta necesario o indispensable la expedición de una reglamentación legal para posibilitar la eficacia práctica o material de la norma, esto es, que no caiga o quede sumergida en el vacío, solo que en esta segunda hipótesis para que sea exigible la obligación a través del

referido medio de control debe haber transcurrido un término razonable que no puede exceder de seis (6) meses contados a partir de la expedición de la respectiva normatividad que requiere reglamentación.

5) En este contexto, se tiene que el inciso tercero del artículo 135 de la Ley 1753 de 2015 sí contiene una obligación clara y expresa en cabeza del Gobierno Nacional que para el presente asunto se encuentra conformado por el Presidente de la República, y los ministerios de Hacienda y Crédito público, Salud y Protección Social, y del Trabajo, obligación que consiste en expedir la correspondiente reglamentación con la finalidad de que a aquellas personas que tienen suscritos contratos bajo la modalidad de prestación de servicios con entidades públicas y privadas se les efectúe de manera directa por parte de estas últimas la retención por concepto de seguridad social, sin cuya reglamentación la norma se torna inane y sin posibilidad alguna de materialización, como efectivamente así ha sucedido desde su entrada en vigencia el 9 de junio de 2015, esto es, luego de más de dos (2) años y medio desde cuando fue promulgada.

6) En esa perspectiva, debe establecerse si tal obligación es actualmente exigible a través del presente medio de control como quiera que la jurisprudencia del Consejo Estado ha determinado de manera precisa que una vez sea expedida la correspondiente normatividad que requiere reglamentación por parte del Gobierno Nacional este tiene un plazo razonable no mayor de seis (6) meses para efectuarla.

La Ley 1753 de 2015 por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 "todos por un nuevo país" en el artículo 267 preceptúa que dicha ley comienza a regir una vez sea publicada, publicación que se realizó en el Diario Oficial no. 49.538 de 9 de junio de 2015, es decir que el término de seis (6) meses con el que contaba el Gobierno Nacional para expedir la correspondiente reglamentación de que trata el inciso tercero del artículo 135 *ibidem* inició el 10 de junio de ese mismo año y finalizó el 9 de diciembre de 2015, motivo por el cual se concluye que dicho plazo ya feneció.

7) Por su parte, tanto los ministerios de Salud y Protección Social, Hacienda y Crédito Público, y del Trabajo como el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República manifestaron que la reglamentación del referido inciso tercero del artículo 135 de la Ley 1753 de

2015 se encuentra en trámite, el cual no se ha podido culminar dada la dificultad de la materia y porque se han tenido en cuenta las diferentes observaciones que han elevado las entidades públicas y privadas y gremios que han elevado durante la publicación del borrador del respectivo decreto en las respectivas páginas electrónicas oficiales de los citados ministerios.

Revisado el expediente de la referencia la Sala advierte que en los folios 70 a 79 y en los documentos que se encuentran contenidos en el disco compacto (CD) visible en el folio 124 obran unos borradores del decreto mediante el cual se pretende reglamentar la norma cuyo cumplimiento se reclama en el presente asunto, y diferentes oficios donde se consignan las observaciones que realizan entre los funcionarios de los ministerios.

8) De acuerdo con lo anterior se tiene que el Gobierno Nacional ha desplegado actuaciones con la finalidad de expedir la correspondiente reglamentación del inciso tercero del artículo 135 de la Ley 1753 de 2015 pero, a pesar de ello aún no se ha materializado, por consiguiente, como ya se explicó anteriormente, la jurisprudencia del órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha sido clara en precisar que cuando el legislador no establece un límite de tiempo para que el Gobierno Nacional haga uso de la potestad reglamentaria seis (6) meses es el termino razonable que tiene para hacerlo y como quiera que dicho plazo en el presente asunto ya se encuentra ampliamente vencido, es decir se encuentra en mora de expedir la reglamentación de la referida norma en más de dos (2) años, se accederá a las pretensiones de la demanda.

En consecuencia, se declarará no probada la excepción denominada genérica propuesta por el Ministerio de Salud y Protección Social y en atención a los elementos técnicos y logísticos que involucran la materia objeto de reglamentación se ordenará al Gobierno Nacional, que para el presente asunto se encuentra conformado por el Presidente de la República y los ministros de Salud y Protección Social, Hacienda y Crédito Público, y del Trabajo, que dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir de la ejecutoria de la sentencia expida la correspondiente reglamentación del inciso tercero del artículo 135 de la Ley 1753 de 2015.

Por lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN PRIMERA, SUB SECCIÓN B**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

1º) **Declárase** no probada la excepción denominada genérica propuesta por el Ministerio de Salud y Protección Social.

2º) **Ordénase** al Gobierno Nacional, que para el presente asunto se encuentra conformado por el Presidente de la República y los ministros de Salud y Protección Social, Hacienda y Crédito Público, y del Trabajo, que dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir de la ejecutoria de la sentencia expida la correspondiente reglamentación del inciso tercero del artículo 135 de la Ley 1753 de 2015.

3º) **Notifíquese** esta decisión a las partes de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley 393 de 1997.

4º) Ejecutoriado este fallo, previas las constancias secretariales de rigor archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Discutido y aprobado en sesión de Sala de la fecha. Acta No.

FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado

MOISÉS RODRIGO MAZABEL PINZÓN
Magistrado

ÓSCAR ARMANDO DIMATÉ CÁRDENAS
Magistrado