

ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO / EXISTENCIA DE UN MANDATO IMPERATIVO E INOBJETABLE / DEDUCCIÓN DEL PRIMER EMPLEO – A favor de contribuyentes que estén obligados a presentar declaración de renta y complementarios / INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIÓN CONTENIDA EN LA NORMA / EXPEDICIÓN DE CERTIFICADO QUE ACREDITE QUE SE TRATA DEL PRIMER EMPLEO DE LA PERSONA CONTRATADA MENOR DE 28 AÑOS – Incumplimiento por parte del Ministerio del Trabajo / REGISTRO ANUALIZADO DE LAS CERTIFICACIONES DE PRIMER EMPLEO EXPEDIDAS - Incumplimiento por parte del Ministerio del Trabajo / FALTA DE REGLAMENTACIÓN - Condición ajena a la norma que no justifica el incumplimiento de la obligación

En el presente asunto, es claro para la Sala que la norma que se pide hacer cumplir, en su inciso final, prevé dos obligaciones a cargo del Ministerio del Trabajo consistentes en: 1) expedir al contribuyente una certificación del primer empleo de personas menores de 28 años de edad, para efectos de acceder a una deducción del 120% de dichos pagos salariales y 2) mantener un registro anualizado de todas las certificaciones de primer empleo que expida; es decir, se trata de mandatos claros imperativos e inobjetables en cabeza de la autoridad demandada. En efecto, de la lectura integral del texto normativo del artículo 108-5 del Estatuto Tributario, cuya existencia tiene origen en el artículo 88 de la Ley 2010 de 2019, el legislador realizó modificaciones en materia del impuesto sobre la renta y complementarios relacionadas con la deducción del primer empleo a favor de los contribuyentes del impuesto sobre la renta, en el cual determinó la obligación, a cargo del Ministerio del Trabajo, de certificar el primer empleo de las personas menores de 28 años. Al respecto, según los argumentos expuestos por el Ministerio del Trabajo, tales certificaciones no se están expidiendo actualmente, porque no existe la regulación en cuanto a los requisitos y condiciones para formar las listas de primer empleo de personas menores de 28 años. Sin embargo, para la Sala tales alusiones y elementos aportados en la impugnación, como el proyecto de Decreto que está por proferir el Ministerio de Hacienda Pública, en el que se indica que corresponderá al Ministerio del Trabajo adoptar la respectiva reglamentación, no son de recibo en atención a que tal facultad reglamentaria no es una condición o elemento que se encuentre en el contenido del artículo 108-5 del Estatuto Tributario, por lo que la falta de reglamentación que se alude no justifica el incumplimiento de la obligación que se pide acatar. Finalmente, en cuanto a la pretensión de la parte actora consistente en “ordenar al Ministerio del Trabajo que le responda en forma clara y objetiva, sin dilaciones adicionales, la solicitud presentada por Drummond Ltda. el pasado 7 de julio.”, no es procedente acceder como lo consideró el a quo, por cuanto como se expuso en los hechos, el 30 de junio de 2020, por medio de oficio No. 08SE2020212000000020712, el Ministerio del Trabajo dio respuesta a la petición, por tanto las inconformidades que la accionante tenga frente a tal respuesta implicaría un juicio de legalidad que no corresponde ser abordado a través del presente medio de control. En consecuencia, en el caso concreto, desde que entró en vigencia el artículo 108-5 del Estatuto Tributario, no se han expedido las respectivas certificaciones de que trata la norma, sin que exista algún argumento válido que justifique la tardanza en el tiempo para expedirlas, por el contrario, se considera que la administración alude a la falta de reglamentación, condición que es ajena a la norma que se pide hacer cumplir, por lo que su conducta renuente no encuentra una justificación válida al mandato claro expreso y exigible que se demanda.

FUENTE FORMAL: ESTATUTO TRIBUTARIO - ARTÍCULO 108-5



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA

Bogotá, D.C., cuatro (4) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 25000-23-41-000-2020-00769-01(ACU)

Actor: DRUMMOND LTDA

Demandado: MINISTERIO DEL TRABAJO

Tema: Acción de cumplimiento – confirma decisión de primera instancia.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

La Sala decide la impugnación interpuesta por el Ministerio del Trabajo contra la sentencia dictada el 4 de diciembre de 2020 por la Subsección “A” de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la cual se accedió parcialmente a las pretensiones del medio de control de cumplimiento.

1. ANTECEDENTES

1.1. Solicitud

La sociedad Drummond LTDA, por medio de apoderado judicial, demandó al Ministerio del Trabajo, con el objeto de que se dé cumplimiento del inciso final del artículo 108-5 del Estatuto Tributario.

1.2. Hechos

La Sala sintetiza los supuestos fácticos de la demanda así:

1.2.1. El representante legal de la sociedad Drummond LTDA. radicó el 17 de abril de 2020 una petición bajo el No. 02EE2020410600000025624 ante el Ministerio del Trabajo, en la que solicitó que se expidiera la certificación sobre el requisito de primer empleo de que trata el artículo 108-5 del Estatuto Tributario, respecto de varios de sus empleados, para lo cual los identificó con nombre y cédula.



1.2.2. El 30 de junio de 2020, por medio de oficio No. 08SE202021200000020712, el Ministerio del Trabajo dio respuesta a la petición anterior, señalando que se encontraba “*estudiando la reglamentación que sobre el particular debe ser expedida (...)*”.

1.2.3. Mediante comunicación radicada ante el Ministerio del Trabajo con el No. 02EE2020410600000051180 de 7 de julio de 2020, la parte actora pidió el cumplimiento del inciso final del artículo 108-5 del Estatuto Tributario; sin embargo, indicó que no recibió respuesta alguna.

1.3. Pretensiones

En el escrito de demanda se formularon las siguientes:

“5. Pretensiones Respetuosamente solicito a este despacho que, al resolver esta acción de cumplimiento, proceda a:

- a. Declarar que el ministerio del trabajo está incumpliendo con el mandato legal conferido en el inciso final del artículo 108-5 del E. T.*
- b. Ordenar al Ministerio de Trabajo que le responda en forma clara y objetiva, sin dilaciones adicionales, la solicitud presentada por Drummond Ltd. el pasado 7 de julio.”.*

1.4. Trámite en primera instancia

Efectuado el reparto, por medio de providencia de 6 de noviembre de 2020, la Subsección “A” de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda y ordenó notificar al Ministerio de Trabajo. Sin embargo, la referida autoridad guardó silencio.

1.5. Sentencia impugnada

La Subsección “A” de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por medio de sentencia del 4 de diciembre de 2020, resolvió:

“PRIMERO.- ACCÉDESE a las pretensiones del medio de control de cumplimiento; en consecuencia, se le ordena al Ministerio del Trabajo que de (sic) cumplimiento al mandato previsto en el inciso 3 del artículo 108- 5 del Estatuto Tributario, dentro de los diez (10) días contados a partir de la ejecutoria de la presente providencia.

SEGUNDO.- NO SE ACCEDE a la pretensión prevista en el literal b. del acápite de pretensiones del escrito de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva.”.

En primer lugar, el Tribunal concluyó que según el inciso tercero del artículo 108-5 del Estatuto Tributario, el Ministerio del Trabajo tiene un mandato claro e inobjetable consistente en expedir las certificaciones de primer empleo, sin que del contenido de la norma se advierta que sea necesaria la expedición de una reglamentación sobre el particular, por lo cual no se encuentra acatado el referido mandato por la autoridad demandada.



Finalmente, en cuanto a la pretensión consistente en “ordenar al Ministerio del Trabajo que le responda en forma clara y objetiva, sin dilaciones adicionales, la solicitud presentada por Drummond Ltda. el pasado 7 de julio.”, consideró el a quo no era procedente acceder a esta por cuanto “no es propia del presente medio de control”.

1.6. Impugnación

El Ministerio del Trabajo impugnó la sentencia de primera instancia y solicitó que fuera revocada. Al efecto, se remitió a los argumentos planteados en la respuesta que dio al actor el 30 de junio de 2020, por medio de oficio No. 08SE202021200000020712, en la que señaló que se encontraba “estudiando la reglamentación que sobre el particular debe ser expedida (...)”.

Bajo ese entendido, informó que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público se encuentra trabajando en la reglamentación del “Proyecto Decreto de la Resolución “Certificado de Primer Empleo” bajo lo que contempla la Ley 2010 de 2019 en su artículo 88 a través del cual se hace la Deducción del Primer Empleo, desde el pasado 13 de noviembre de 2020”¹, el cual, una vez sea expedido, indicó que le corresponderá al Ministerio de Trabajo proceder a reglamentar por medio de resolución el trámite “bajo las disposiciones del Decreto 2106 de 2019 en su artículo 3 y los canales de expedición de dichos certificados”.

2. CONSIDERACIONES

2.1. Competencia

Esta Sección es competente para resolver la impugnación presentada contra la sentencia de la Subsección “A” de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de conformidad con lo dispuesto en los artículos; 3º de la Ley 393 de 1997², 125, 150 y 243 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo “CPACA” Ley 1437 de 2011, así como del Acuerdo 080 del 12 de marzo de 2019 de la Sala Plena del Consejo de Estado que establece la competencia de la Sección Quinta de esta Corporación para conocer

¹ Proyecto de decreto que indicó “se encuentra publicado en la página web del Ministerio de Hacienda y Crédito Público el borrador del Proyecto Decreto para comentarios. link: (https://www.minhacienda.gov.co/webcenter/ShowProperty?nodeId=%2FConexionContent%2FWCC_CLUSTER-151811%2F%2FidcPrimaryFile&revision=latestreleased)”.

² “**ARTÍCULO 3o. COMPETENCIA.** <Ver Notas del Editor> De las acciones dirigidas al cumplimiento de normas con fuerza material de Ley o Acto Administrativo, conocerán en primera instancia los Jueces Administrativos con competencia en el domicilio del accionante. En segunda instancia será competente el Tribunal Contencioso Administrativo del Departamento al cual pertenezca el Juzgado Administrativo.

PARÁGRAFO. Las Acciones de Cumplimiento de que conozca el Consejo de Estado, serán resueltas por la sección o subsección de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la cual haga parte el Consejero a quien corresponda en reparto. Su trámite se hará a través de la correspondiente Secretaría. El reparto se efectuará por el Presidente de la Corporación, entre todos los Magistrados que conforman la Sala de lo Contencioso Administrativo, en forma igualitaria.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> Mientras entran en funcionamiento los Jueces Administrativos, la competencia en primera instancia se radicará en los Tribunales Contenciosos Administrativos y la segunda en el Consejo de Estado ~~tratándose de acciones dirigidas al cumplimiento de un Acto Administrativo.~~”.



de “[...] las apelaciones contra las providencias susceptibles de ese recurso que se dicten por los Tribunales Administrativos en primera instancia en las acciones de cumplimiento[...]”.

2.2. Generalidades de la acción de cumplimiento³

La acción de cumplimiento está instituida en el artículo 87 de la Constitución Política, como un mecanismo para que toda persona pueda “[...] acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una Ley o un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido”. En igual sentido, el artículo 1° de la Ley 393 de 1997 precisa que *“Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial definida en esta Ley para hacer efectivo el cumplimiento de normas aplicables con fuerza material de Ley o actos administrativos [...]”*.

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

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

Como lo señaló la Corte Constitucional “[...] el objeto y finalidad de esta acción es otorgarle a toda persona, natural o jurídica, e incluso a los servidores públicos, la posibilidad de acudir ante la autoridad judicial para exigir la realización o el cumplimiento del deber que surge de la ley o del acto administrativo y que es omitido por la autoridad, o el particular cuando asume este carácter. De esta manera, la referida acción se encamina a procurar la vigencia y efectividad material de las leyes y de los actos administrativos, lo cual conlleva la concreción de principios medulares del Estado Social de Derecho, que tienden a asegurar la vigencia de un orden jurídico, social y económico justo [...]” (subraya fuera del texto) ⁴.

³ Al respecto pueden consultarse, entre otras, las siguientes providencias dictadas por esta Sección: sentencia de 15 de diciembre de 2016, Expediente: 25000-23-41-000-2016-00814-01; 26 de mayo de 2016, Expediente: 52001-23-33-000-2016-00136-01, con ponencia de Alberto Yepes Barreiro; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 10 de noviembre de 2016, radicación 20001-23-33-000-2016-00371-01 MP Alberto Yepes Barreiro ; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 2 de febrero de 2017, radicación 11001-33-42-048-2016-00636-01 MP. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez (E).

⁴ Corte Constitucional, sentencia C-157 de 1998. Magistrados Ponentes Drs. Antonio Barrera Carbonell y Hernando Herrera Vergara.

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

i) Que el deber que se pide hacer cumplir se encuentre consignado en normas aplicables con fuerza material de ley o actos administrativos vigentes (Art. 1º)⁵.

ii) Que el mandato sea imperativo e inobjetable y que esté radicado en cabeza de aquella autoridad pública o del particular en ejercicio de funciones públicas que deba cumplir y frente a los cuales se haya dirigido la acción de cumplimiento (Arts. 5º y 6º).

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

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

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

Se ha establecido que las fuentes del derecho sobre las cuales recae la acción de cumplimiento comprenden tanto la ley en sentido formal como material, esto último desde la óptica de aquellos decretos con fuerza de ley o con vocación legislativa dictados por el Presidente de la República, en desarrollo de las facultades conferidas por los artículos 150-10, 212, 213, 215 y 341 de la Constitución Política.⁶

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

⁵ Esto excluye el cumplimiento de las normas de la Constitución Política, que por lo general consagran principios y directrices.

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", Magistrado ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce, 21 de enero de 1999, radicado ACU-546.



administrativo, ya que solo se limitan a materializar una orden judicial o administrativa.⁷

Dentro de este contexto, resulta pertinente manifestar que es inadecuada la acción de cumplimiento en relación con normas fundamentales, “[...] pues el propio Constituyente la diseñó para exigir la efectividad de normas de inferior jerarquía. De hecho, a esta misma conclusión llegó la Corte Constitucional en sentencia C-193 de 1998, al concluir que no procede ésta acción constitucional para exigir el cumplimiento de normas supremas [...]”⁸.

Ahora bien, frente al requisito de la renuencia, resulta pertinente manifestar que el mismo se constituye en una exigencia de procedibilidad de la acción y, para ello, es necesario que el demandante previamente a acudir a la jurisdicción, haga una solicitud expresa de cumplimiento a la autoridad pública o al particular que ejerce funciones públicas sobre la ley o el acto administrativo objeto de requerimiento, lo cual puede realizarse a través del derecho de petición pero enfocado al fin reseñado.⁹

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

Lo cual se explica en “[...] garantizar que la resolución de las diferencias jurídicas sea efectuada por el juez natural, bajo el trámite que el ordenamiento jurídico ha establecido para ello y evitar la alteración de las competencias que han sido radicadas en las diferentes jurisdicciones. No puede entenderse que el Constituyente haya creado la acción de cumplimiento como un instrumento paralelo a los medios judiciales ordinarios; por ello la causal señalada, le imprime a la acción de cumplimiento el carácter de mecanismo residual y subsidiario. En el evento consagrado como excepción, la norma habilita al Juez de la acción de cumplimiento para que, pese a la existencia de un instrumento judicial, se pronuncie de fondo en relación con la solicitud, pero siempre y cuando se acrediten los presupuestos de necesidad, urgencia, gravedad e inminencia del perjuicio [...]”¹⁰.

Asimismo, por expresa disposición legislativa la acción de cumplimiento no se puede incoar frente a normas que generen gastos,¹¹ a menos que estén

⁷ Consejo de Estado, Sección Quinta, M.P. Alberto Yepes Barreiro, expediente 25000-23-41-000-2013-00486-01

⁸ Sentencia de 3 de junio de 2004, Rad. 44001-23-31-000-2004-0047-01 (ACU)

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

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Quinta Magistrado Ponente, Alberto Yepes Barreiro, 1 de noviembre de 2012, radicado 76001-23-31-000-2012-00499-01 (ACU).

¹¹ Consejo de Estado, sentencia del 15 de marzo de 2001, expediente, radicado 05001-23-31-000-2000-4673-01 (ACU).



apropiados;¹² o cuando se pretenda la protección de derechos fundamentales, en este último caso el juez competente deberá convertir el trámite en el mecanismo previsto por el artículo 86 Superior.¹³

2.2.2. De la renuencia

El requisito de la constitución en renuencia de la autoridad, consiste en el reclamo previo y por escrito que debe elevarle el interesado exigiendo atender un mandato legal o consagrado en acto administrativo con citación precisa de éste¹⁴ y que ésta se ratifique en el incumplimiento o no conteste en el plazo de diez días siguientes a la presentación de la solicitud.

Para el cumplimiento de este requisito de procedibilidad, la Sala ha señalado que “[...] el reclamo en tal sentido no es un simple derecho de petición sino una solicitud expresamente hecha con el propósito de cumplir el requisito de la renuencia para los fines de la acción de cumplimiento [...]”.¹⁵

Sobre este tema, esta Sección¹⁶ ha dicho que:

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

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

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

Así las cosas, para probar la constitución de la renuencia expresa es necesario

¹² Consejo de Estado, sentencia de 14 de mayo de 2015, expediente, radicado 25000-23-41-000-2015-00493-01, M.P. Alberto Yepes Barreiro.

¹³ Sentencia ibídem.

Sobre el particular esta Sección ha dicho: “[...] La Sala también ha explicado que con el fin de constituir en renuencia a una entidad pública o a un particular que actúe o deba actuar en ejercicio de funciones públicas, es necesario haber reclamado de éste el cumplimiento del deber legal o administrativo, para lo cual se **deberá precisar la norma o normas en que se consagró su deber inobjetable y, por ende, exigible, pues lo contrario conduce a la improcedencia de la acción por carecer del requisito de renuencia.** Como el accionante reclamó de la Superintendencia de Puertos y Transporte el cumplimiento de los artículos 41 del Decreto 101 de 2000; 14 del Decreto 1016 de 2000 y 3, 4 y 10 del Decreto 2741 de 2001, los cuales constan, en su orden, de 4, 14, 4, 6 y 9 numerales, **sin indicar con claridad en cuál de ellos se consagra el deber legal que pedía cumplir, en criterio de la Sala, atendiendo la ley y la jurisprudencia que sobre la materia se ha fijado, estima que no se cumplió con el requisito de procedibilidad de la acción, por lo que así se debió declarar por el Tribunal a quo**”¹⁴. (Negrita fuera de texto)

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, providencia del 20 de octubre de 2011, Exp. 2011-01063, M.P. Dr. Mauricio Torres Cuervo.

¹⁶ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia del 9 de junio de 2011, expediente 47001-23-31-000-2011-00024-01. Magistrada Ponente: Susana Buitrago.



*analizar tanto la reclamación del cumplimiento como la respuesta del destinatario del deber omitido, puesto que la primera delimita el marco del incumplimiento reclamado. Y, para demostrar la renuencia tácita es necesario estudiar el contenido de la petición de cumplimiento que previamente debió formular el demandante, pues, como se dijo, aquella define el objeto jurídico sobre el cual versará el procedimiento judicial para exigir el cumplimiento de normas con fuerza material de ley o actos administrativos [...]”*¹⁷ (Negrillas fuera de texto).

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

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

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

En esa medida, el Consejo de Estado no ha dado por demostrado el requisito de procedibilidad cuando la petición *“[...] tiene una finalidad distinta a la de constitución en renuencia [...]”*.

Por último, resulta relevante para la Sala precisar que la renuencia debe entenderse como la negativa del ente accionado frente a la solicitud de cumplimiento de la disposición, bien porque no dé respuesta oportunamente, o porque aunque sea emitida en tiempo, resulte contraria al querer del ciudadano¹⁸.

Para cumplir con el requisito de renuencia la parte accionante presentó escrito el 7 de julio de 2020, con el radicado No. 02EE2020410600000051180 en el que solicitó el cumplimiento del inciso final del artículo 108-5 del Estatuto Tributario; sin embargo, en el expediente no obra respuesta alguna por parte del ministerio demandado.

Conforme a lo anterior, para la Sala se encuentra acreditado el requisito de constitución en renuencia al que se refiere el artículo 8º de la Ley 393 de 1997, toda vez que la autoridad accionada no contestó la solicitud de 7 de julio de 2020, dentro de los 10 días siguientes a su presentación.

¹⁷ Sobre el tema, Consejo de Estado, Sección Quinta, providencia del 24 de junio de 2004, exp. ACU-2003-00724, M.P.: Darío Quiñones Pinilla.

¹⁸ Lo mismo se reitera en Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 15 de diciembre de 2015, radicación 25000-23-41-000-2016-02003-01 CP. Lucy Jeannette Bermúdez; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 17 de noviembre de 2016, radicación 15001-33-33-000-2016-00690-01 CP. Lucy Jeannette Bermúdez; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 15 de septiembre de 2016, radicación 15001-23-33-000-2016-00249-01 MP. Lucy Jeannette Bermúdez, entre otras.

2.2.3 Lo que se pide cumplir

La parte actora pidió el cumplimiento del mandato contenido en el inciso final del artículo 108-5 del Estatuto Tributario que prevé:

*“[...] **Artículo 108-5.** (Adicionado por el artículo 88 de la Ley 2010 de 2019) **Deducción del primer empleo.** Los contribuyentes que estén obligados a presentar declaración de renta y complementarios, tienen derecho a deducir el 120% de los pagos que realicen por concepto de salario, en relación con los empleados que sean menores de veintiocho (28) años, siempre y cuando se trate del primer empleo de la persona. La deducción máxima por cada empleado no podrá exceder ciento quince (115) UVT mensuales y procederá en el año gravable en el que el empleado sea contratado por el contribuyente.*

Para efectos de acceder a la deducción de que trata este artículo, debe tratarse de nuevos empleos y el empleado deberá ser contratado con posterioridad a la vigencia de la presente Ley, ser menor de veintiocho (28) años y ser el primer empleo de la persona.

El Ministerio del Trabajo expedirá al contribuyente una certificación en la que se acredite que se trata del primer empleo de la persona menor de veintiocho (28) años, como requisito para poder acceder a la deducción de que trata ese artículo. El Ministerio del Trabajo llevará un registro anualizado de todas las certificaciones de primer empleo que expida, con la identificación del empleado y del contribuyente. [...]”.

Bajo este panorama, la Sala encuentra que se cumple con el primero de los requisitos de procedencia de la acción constitucional, toda vez que se busca la materialización de la ley vigente, tal y como lo exige el artículo 1º de la Ley 393 de 1997.

2.2.4. De las causales de improcedencia de la acción constitucional

2.2.4.1 De conformidad con lo dispuesto por el artículo 9º de la Ley 393 de 1997, la acción de cumplimiento no procederá cuando el afectado tenga o haya tenido otro instrumento de defensa judicial para lograr el efectivo cumplimiento de la norma o acto administrativo, salvo que de no proceder el juez, se cause un perjuicio grave e inminente para el accionante.

En el caso concreto, la Sala encuentra que la parte actora no cuenta con otro medio judicial efectivo para lograr la aplicación de la norma que se pide hacer cumplir, razón por la que este presupuesto de procedibilidad está satisfecho.

2.2.4.2 Igualmente, la Sección observa que la norma cuya aplicación se solicita no genera gasto.

2.2.4.3 Ahora bien, según el artículo 9º de la Ley 393 de 1997 no es procedente la acción de cumplimiento cuando los derechos puedan ser protegidos mediante la

acción de tutela, circunstancia que no se vislumbra que se persiga por medio del ejercicio de esta acción.

En suma, la Sala encuentra que no se materializa ninguna de las causales de improcedencia de la acción de cumplimiento previstas en la Ley 393 de 1997, razón por la que es procedente analizar si la disposición invocada en la demanda contiene o no un mandato imperativo e inobjetable.

2.2.5. De la existencia de un mandato imperativo e inobjetable

La finalidad del medio de control de cumplimiento es que toda persona pueda acudir ante la autoridad judicial competente para hacer efectiva la observancia de normas con fuerza material de ley o de un acto administrativo, tal como lo dispone el artículo 87 constitucional. Sin embargo, a través de esta acción no es posible ordenar ejecutar toda clase de disposiciones, sino aquellas que contienen prescripciones que se caracterizan como “deberes”¹⁹.

Los deberes legales o contenidos en actos administrativos que pueden ser cumplidos a través de las órdenes del juez constitucional son los que albergan un mandato perentorio, claro y directo a cargo de determinada autoridad, un mandato “*imperativo e inobjetable*” en los términos de los artículos 5, 7, 15, 21 y 25 de la Ley 393 de 1997.

En el presente asunto, es claro para la Sala que la norma que se pide hacer cumplir, en su inciso final, prevé dos obligaciones a cargo del Ministerio del Trabajo consistentes en: 1) expedir al contribuyente una certificación del primer empleo de personas menores de 28 años de edad, para efectos de acceder a una deducción del 120% de dichos pagos salariales y 2) mantener un registro anualizado de todas las certificaciones de primer empleo que expida; es decir, se trata de mandatos claros imperativos e inobjetales en cabeza de la autoridad demandada.

En efecto, de la lectura integral del texto normativo del artículo 108-5 del Estatuto Tributario, cuya existencia tiene origen en el artículo 88 de la Ley 2010 de 2019²⁰, el legislador realizó modificaciones en materia del impuesto sobre la renta y complementarios relacionadas con la deducción del primer empleo a favor de los contribuyentes del impuesto sobre la renta, en el cual determinó la obligación, a cargo del Ministerio del Trabajo, de certificar el primer empleo de las personas menores de 28 años.

Al respecto, según los argumentos expuestos por el Ministerio del Trabajo, tales certificaciones no se están expidiendo actualmente, porque no existe la regulación

¹⁹ Deber: Aquello a que está obligado el hombre por los preceptos religiosos o por las leyes naturales o positivas. (Diccionario de la Real Academia Española).

²⁰ Por medio de la cual se adoptan normas para la promoción del crecimiento económico, el empleo, la inversión, el fortalecimiento de las finanzas públicas y la progresividad, equidad y eficiencia del sistema tributario, de acuerdo con los objetivos que sobre la materia impulsaron la Ley 1943 de 2018 y se dictan otras disposiciones”



en cuanto a los requisitos y condiciones para formar las listas de primer empleo de personas menores de 28 años. Sin embargo, para la Sala tales alusiones y elementos aportados en la impugnación, como el proyecto de Decreto que está por proferir el Ministerio de Hacienda Pública, en el que se indica que corresponderá al Ministerio del Trabajo adoptar la respectiva reglamentación, no son de recibo en atención a que tal facultad reglamentaria no es una condición o elemento que se encuentre en el contenido del artículo 108-5 del Estatuto Tributario, por lo que la falta de reglamentación que se alude no justifica el incumplimiento de la obligación que se pide acatar.

Finalmente, en cuanto a la pretensión de la parte actora consistente en “ordenar al Ministerio del Trabajo que le responda en forma clara y objetiva, sin dilaciones adicionales, la solicitud presentada por Drummond Ltda. el pasado 7 de julio.”, no es procedente acceder como lo consideró el *a quo*, por cuanto como se expuso en los hechos, el 30 de junio de 2020, por medio de oficio No. 08SE202021200000020712, el Ministerio del Trabajo dio respuesta a la petición, por tanto las inconformidades que la accionante tenga frente a tal respuesta implicaría un juicio de legalidad que no corresponde ser abordado a través del presente medio de control.

En consecuencia, en el caso concreto, desde que entró en vigencia el artículo 108-5 del Estatuto Tributario, no se han expedido las respectivas certificaciones de que trata la norma, sin que exista algún argumento válido que justifique la tardanza en el tiempo para expedirlas, por el contrario, se considera que la administración alude a la falta de reglamentación, condición que es ajena a la norma que se pide hacer cumplir, por lo que su conducta renuente no encuentra una justificación válida al mandato claro expreso y exigible que se demanda. Por tanto, con la finalidad de que no se continúe generando el incumplimiento, se impone confirmar la decisión de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

3. FALLA

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia de 4 de diciembre de 2020 de la Subsección “A” de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por las razones expuestas en esta providencia.

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

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



NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(Firmado electrónicamente)
LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA
Presidente

(Firmado electrónicamente)
ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Magistrada

(Firmado electrónicamente)
LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Magistrada

(Firmado electrónicamente)
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Magistrado

Esta providencia fue generada con firma electrónica, la cual tiene plena validez y efectos jurídicos, conforme con lo dispuesto en la Ley 527 de 1999 y el Decreto 2364 de 2012.

