

ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO / EXISTENCIA DE UN MANDATO IMPERATIVO E INOBJETABLE / POTESTAD REGLAMENTARIA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA / COMPETENCIA DEL MINISTERIO DEL TRABAJO / REGLAMENTACIÓN DE LA BASE DE COTIZACIÓN DE TRABAJADORES - Que devengan un monto superior a los 25 salarios mínimos legales mensuales

Advierte la Sala que como lo concluyó el Tribunal, la norma cuyo cumplimiento se pide atender [artículo 18 de la Ley 100 de 1993] contiene un mandato en cabeza del Gobierno Nacional de reglamentar la base de cotización de un grupo de trabajadores. (...) [S]i bien es cierto que la regulación de una materia de tal magnitud requiere de un análisis sobre el impacto que pueda tener, más aun tratándose del régimen pensional, y que la norma no dispuso un término en el cual se debía expedir la reglamentación, lo cierto es que han transcurrido más de 17 años sin que el Gobierno Nacional demuestre que ha regulado la base de cotización de las personas que devengan más de 25 salarios legales mensuales o efectuado estudios o acciones en procura de ello. [E]sta Sala ha manifestado que la acción de cumplimiento procede para ordenar el ejercicio de la potestad reglamentaria, en todos los casos en los que el legislador haya impuesto al ejecutivo el deber de reglamentar determinado tema con independencia de si se impuso término o no, es decir, que la ausencia de un plazo para desarrollar la facultad que se otorga para desarrollar ciertas materias no deriva en la inexigibilidad de lo dispuesto como mandato en la norma. (...) Vale aclarar que si bien el inciso 4 del artículo 18, que fue modificado por el artículo 5 de la Ley 797 de 2003 contiene el verbo “podrá”, este hace referencia al monto sobre el que se puede fijar la base de cotización que puede ser hasta de 45 salarios mínimos legales mensuales vigentes, y no al ejercicio de reglamentar que está allí dispuesto y lleva sin ejecutar el Gobierno Nacional desde hace más de 17 años.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLÍTICA - ARTÍCULO 87 / LEY 100 DE 1993 - ARTÍCULO 18 - INCISO 4 / LEY 797 DE 2003 - ARTÍCULO 5 / DECRETO 1359 DE 1993 / DECRETO 104 DE 1994 - ARTÍCULO 28 / DECRETO 1293 DE 1994 - ARTÍCULO 3 / DECRETO 816 DE 2002 - ARTÍCULO 11

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: PEDRO PABLO VANEGAS GIL

Bogotá D.C., veintitrés (23) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 25000-23-41-000-2020-00270-02(ACU)

Actor: SAMUEL JOSÉ RAMÍREZ POVEDA

Demandado: MINISTERIO DE HACIENDA Y OTROS

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

Conoce la Sala de la impugnación presentada por el Ministerio del Trabajo contra la sentencia de 21 de abril de 2021, por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B accedió a las pretensiones del

medio de control de cumplimiento.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda

1. El señor **SAMUEL JOSÉ RAMÍREZ POVEDA**, en ejercicio del medio de control de cumplimiento reclamó del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Ministerio del Trabajo y la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales – en adelante UGPP – el acatamiento del artículo 5º de la Ley 797 de 2003¹, con el fin que se expida la reglamentación de la base de cotización pensional de los trabajadores públicos y privados que devengan mensualmente más de 25 salarios mínimos legales vigentes.

2. Hechos

2. El accionante mencionó que han transcurrido más de 15 años sin que se expida la reglamentación que ordena el artículo 5º de la Ley 797 de 2003, sobre la base de cotización pensional de los trabajadores públicos y privados que reciben mensualmente más de 25 salarios legales mensuales.

3. Afirmó que mediante Oficio DESAJ14-JR-3593 del 7 de julio de 2014 la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Bogotá le informó que se abstenía de efectuar descuentos por un monto superior a los 25 salarios por la falta de regulación al respecto, y que esa respuesta la confirmó la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

4. Arguyó que la Comisión Intersectorial del Régimen de Prima Media con Prestación Definida del Sistema General de Pensiones que coordina la UGPP estima que son los Ministerios de Hacienda y del Trabajo quienes deben reglamentar el tema.

5. En comunicación del 13 de marzo de 2019, el Ministerio del Trabajo le respondió sobre un derecho de petición, que la norma no contiene un imperativo dado que indica que el Gobierno Nacional “podrá” como una facultad, proferir la reglamentación como se extrae del artículo 5º de la Ley 797 de 2003. Sin embargo, aclaró que hay normas que exceptúan del tope de ingreso base de cotización a un grupo de servidores que perciben más de 25 salarios como es el caso del régimen especial de pensiones para los congresistas dispuesto en el Decreto 1359 de 1993, o los artículos 3 del Decreto 1293 de 1994 y 11 del Decreto 8016 de 2002 que consagran los beneficios de los Senadores y Representantes cobijados por el régimen de Transición.

6. Adicionó que la base de cotización de los congresistas es la misma para los Magistrados de Altas Corporaciones y que ese régimen se hizo extensivo a los procuradores delegados y fiscales ante la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, al Procurador General de la Nación y al Defensor del Pueblo.

¹ “Por la cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales Exceptuados y Especiales.”.

7. Por su parte, el Ministerio de Hacienda en respuesta del 7 de diciembre de 2017 aludió que sus atribuciones se contraen al seguimiento del impacto económico y fiscal del sistema de seguridad social y que si bien el artículo 18 de la Ley 100 de 1993 fue modificado por el artículo 5º de la Ley 797 de 2003, “...se creó la Comisión Intersectorial del Régimen de Prima Media con Prestación Definida del Sistema General de Pensiones con el propósito de unificar criterios de interpretación normativa que les permita a las entidades administradoras, responsables del reconocimiento de los derechos pensionales y del pago de las prestaciones económicas, lograr mayor eficiencia en el proceso de reconocimiento de las prestaciones del Sistema General de Pensiones...”.

3. Pretensión

“...ordenar el cumplimiento de la norma con fuerza material de ley o acto administrativo incumplido, esto es, que la parte accionada en representación del Gobierno Nacional, proceda a expedir la reglamentación sobre la base de cotización para pensión de quienes devenguen mensualmente más de veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, que podrá ser hasta de 45 salarios mínimos legales mensuales para garantizar pensiones hasta de veinticinco (25) salarios mínimos legales.”.

4. Actuaciones procesales relevantes

4.1. El 9 de marzo de 2020 los magistrados del Tribunal Administrativo de Cundinamarca manifestaron impedimento para conocer del asunto por presuntamente tener interés legítimo en la decisión que se adoptara, dado que serían sujetos pasivos de la reglamentación que eventualmente se ordenara.

4.2. El 13 de julio de 2020 ingresó el expediente por reparto al Despacho ponente para surtirse la segunda instancia. Una vez se sometió a estudio de la Sala el proyecto de auto que definiría el impedimento manifestado por los magistrados del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, los consejeros Luis Alberto Álvarez Parra y Carlos Enrique Moreno Rubio presentaron escritos de impedimento porque estimaron estar incurso en la causal de que trata el numeral 1º del artículo 141 del Código General del Proceso porque definir el impedimento de los magistrados del Tribunal Administrativo de Cundinamarca “...implicaría abordar el estudio de la pretensión de la demanda...”.

4.3. Por auto del 10 de septiembre de 2020 esta Sala declaró la improcedencia del impedimento manifestado por los consejeros, al considerar que el juez puede alegar la imposibilidad para conocer el de otro operador judicial, pero con base en las causales de los numerales 3 al 11, y 13 y 14 del artículo 141 del CGP, porque allí están contenidas las situaciones que pueden influir en el trámite de la resolución de impedimentos al tratarse de situaciones entre las partes y el juez.

8. Las demás causales, como es el caso de la dispuesta en el numeral 1 es ajena al objeto del debate de la acción de cumplimiento que se ventila y, por ende, se encontró que no involucraba el interés directo de los magistrados de la Sección.

4.4. En auto del 24 de septiembre de 2020 se declaró infundado el impedimento alegado por los magistrados del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, al considerar que el objeto de la acción de cumplimiento es verificar si en la norma invocada existe un mandato claro, expreso y exigible, y de ser así, ordenar su acatamiento.

9. Lo que quiere decir que en el presente caso lo que se debe determinar es si existe la obligación de las accionadas de regular la base de cotización de las personas que devengan más de 25 salarios mensuales sin que ello implique que se deba inmiscuir el juez en el contenido de la reglamentación.

4.5. Por lo anterior, mediante auto del 11 de marzo de 2021 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B admitió la demanda y ordenó notificar de la demanda a los Ministerios del Trabajo y de Hacienda y Crédito Público y a la UGPP.

5. Contestaciones

5.1.1. Ministerio de Hacienda y Crédito Público

10. Solicitó que se desestimaran las pretensiones de la demanda porque a su juicio el Gobierno Nacional ya ejerció la potestad reglamentaria que el actor solicita, levantando el límite máximo de cotización de un grupo de servidores públicos que perciben más de 25 salarios legales mensuales. Aclaró que no extender dichas normas a la totalidad de la población *“no puede ser asumido como ausencia de reglamentación si se tiene en cuenta que la prescripción legal no puede ser universal, ya que la regla general impone el límite de veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes para trabajadores del sector público y privado a la base de cotización.”*

11. Señaló que el mandato que se alega incumplido, consistente en que se reglamente la base de cotización de los trabajadores del sector público y privado que devenguen más de 25 salarios ya resultó satisfecho por el presidente de la República con el artículo 3º del Decreto 510 de 2003 que dispuso que la base mínima es 1 salario legal mensual y la máxima 25.

12. Transcribió el artículo 5º de la Ley 797 de 2003 para explicar que *“la conjugación verbal utilizada por el Legislador “podrá”, comporta la potestad o facultad para ejecutar una acción y es contrario a la conjugación “deberá”, que si denota obligatoriedad.”*

13. Puso de presente que el artículo 1º de la Ley 4ª de 1992 habilitó al Gobierno Nacional para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados del congreso, la Rama Judicial, el Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación, la Organización Electoral y la Contraloría General de la República. En virtud de la citada norma se han expedido las siguientes reglamentaciones:

- Decreto 1359 de 1993 que consagra el régimen especial de pensiones de los congresistas de la República.

- Decreto 1293 de 1994 y el artículo 11 del Decreto 816 de 2002 que fijó los beneficios de los senadores y representantes a la cámara cobijados por el régimen de transición.

- Decreto 1044 de 1994 que en su artículo 28 determinó que la cuantía de la pensión de los magistrados de Altas Cortes es equivalente al de los senadores de la República. Esta prerrogativa se extendió a los procuradores delegados ante la

Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado que se encuentren ejerciendo el cargo al momento de completar los requisitos para acceder a la prestación.

14. De las normas citadas concluyó que a un amplio grupo poblacional se le levantó el límite máximo de la base de cotización y que no hacerlo respecto de toda la población que percibe más de 25 salarios *“no puede ser asumido como ausencia de reglamentación si se tiene en cuenta que la prescripción legal no puede ser universal, ya que la regla general impone el límite de veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes para trabajadores del sector público y privado a la base de cotización.”*.

15. Adicionó que los funcionarios restantes de la Rama Judicial y del Ministerio Público, como los magistrados de los Tribunales Superiores y Administrativos y Jueces de la República, fueron incluidos a la Ley 100 de 1993, por el artículo 1° del Decreto 692 de 1994, y por ende, están sometidos a las disposiciones de la referida norma en materia de seguridad social y al tope máximo de cotización de 25 salarios mínimos legales mensuales.

16. Expuso que las restricciones sobre el monto de cotización para la obtención de la pensión se sustentan en los principios de sostenibilidad financiera y equidad y en los desarrollos sociales, demográficos, financieros y tributarios.

17. Concluyó que el levantamiento del tope máximo de cotización al sistema general de pensiones podría impactar económicamente el subsidio estatal de las pensiones y por ello la no expedición de la reglamentación pretendida no afecta la colectividad, ni el interés general, más aun teniendo en cuenta el concepto de sostenibilidad financiera en materia pensional que fue introducido por el Acto Legislativo 01 de 2005, conforme al cual se le concedió la potestad reglamentaria al Gobierno Nacional.

5.1.2. Ministerio del Trabajo

18. Indicó que las pretensiones de la parte actora carecen de todo fundamento legal y constitucional y que se debe declarar la improcedencia de la acción porque no se le constituyó en renuencia dado no se aportó la supuesta petición, y la respuesta de la entidad que se anexó a la demanda corresponde a una solicitud de reglamentación de la base de cotización de quienes devengan mensualmente más de 25 salarios mínimos, más no se le advirtió del posible incumplimiento de un deber legal.

19. Aclaró que la potestad reglamentaria concedida al Gobierno sobre regular un IBC entre 25 y 45 salarios es discrecional y adicionalmente fue concedida con respeto al principio de la estabilidad financiera del sistema pensional.

20. Reiteró los argumentos del Ministerio de Hacienda en cuanto a que se levantó el límite de cotización sobre 25 salarios para un grupo amplio de servidores públicos y que, aunque no se extendió esa reglamentación a toda la población, lo cierto es que el legislador goza de libertad de configuración legislativa.

21. Explicó que modificar las normas del sistema pensional requiere un análisis del impacto de tal decisión que evite poner en riesgo el sistema pensional y las expectativas de los afiliados.

6. Fallo impugnado

22. En sentencia del 21 de abril de 2021 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B resolvió:

“PRIMERO: ACCEDER a las pretensiones de la demanda de cumplimiento del artículo 18 de la (sic) Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 5º de la Ley 797 de 2003 respecto del MINISTERIO DEL TRABAJO y en consecuencia, ORDENAR a la cartera ministerial, en el término de seis (6) meses siguientes a la notificación de esta providencia, presentar al Presidente de la República, proyecto de reglamentación sobre la base de cotización para pensiones de quienes devengan mensualmente más de veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, que podrá ser hasta de 45 salarios mínimos legales mensuales para garantizar pensiones hasta de veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales.”.

23. Encontró satisfecho el requisito de constitución en renuencia, pues, si bien el accionante no aportó la petición, de las contestaciones que le allegaron las carteras ministeriales accionadas se desprende que solicitó la regulación normativa de las cotizaciones al sistema de que trata el artículo 18 de la Ley 100 de 1993, luego de la modificación que le introdujo el artículo 5º de la Ley 797 de 2003.

24. Precisó que en virtud del artículo 189 numeral 11 de la Constitución el ejecutivo tiene potestad reglamentaria, pero puede en ejercicio de una delegación otorgarle la facultad al Gobierno Nacional conformado por el presidente de la República y los ministros del ramo.

25. Aclaró que la obligación contenida en el artículo 18 de la Ley 100 de 1993 no es discrecional y que es una delegación para que se efectúe una regulación en todos los casos en los que se devenguen más de 25 salarios legales mensuales para que a partir de la cotización sea posible acceder a pensiones hasta el mismo monto.

26. Para finalizar, mencionó que no es aceptable la afirmación que el Gobierno Nacional ya reglamentó el tema para los congresistas, magistrados de Altas Cortes y otros porque “el inciso 4º del artículo 18 de la Ley 100 de 1993 establece una regla general, impersonal y abstracta para todas aquellas personas que perciban ingresos, que superen los veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, para que aporten al sistema como IBC hasta de cuarenta y cinco (45) SMLMV...”.

7. Impugnación

27. El **Ministerio del Trabajo** solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia al considerar que debe tenerse en cuenta que el legislador le concedió la facultad al Gobierno Nacional de reglamentar un IBC entre 25 y 45 salarios mínimos legales mensuales para alcanzar pensiones hasta de 25 salarios, pero sin afectar los principios de sostenibilidad financiera y equidad, ya que son pilares básicos del sistema y ello puede incidir en las expectativas de los afiliados.

28. Reiteró que el Gobierno Nacional ya reglamentó el tema, por ejemplo, mediante el régimen especial de los congresistas en el Decreto 1359 de 1993, o con los Decretos 1293 de 1994 y 916 de 2002 que contemplan los beneficios que tienen los senadores y representantes a la Cámara cobijados por el régimen de transición y el Decreto 104 de 1994 que determinó la cuantía de la pensión para magistrados de las Altas Cortes.

29. Insistió en que el trato diferencial de estos servidores con los que deben someterse a la cotización límite sobre los 25 salarios es válida desde la perspectiva de la viabilidad financiera del sistema y que levantar ese tope máximo acarrearía afectaciones en los derechos sociales pensionales de los afiliados.

30. Manifestó que la tesis del Consejo de Estado es que se puede ordenar en sede de cumplimiento el ejercicio de la potestad reglamentaria siempre que esté demarcado dentro de un plazo, ya que someter a un tiempo no dispuesto por la Ley al Gobierno Nacional, implicaría violación del artículo 189 de la Constitución.

31. Por último, señaló que lo pretendido por el accionante es la resolución de un litigio particular y concreto, toda vez que la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial se abstuvo de efectuar descuentos para su pensión por encima de los 25 salarios y que para debatir ese acto administrativo cuenta con el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

8. Trámite de segunda instancia

8.1. Mediante auto del 2 de septiembre de 2021 el Despacho ponente ordenó poner en conocimiento del presidente de la República el trámite de la referencia al advertir que la obligación presuntamente desatendida recae en el Gobierno Nacional que está conformado por este y los respectivos ministerios. Para el efecto, le concedió el término de tres días contados a partir de la notificación para que alegara la nulidad, adelantara la actuación que considerara pertinente o saneara la nulidad con su silencio.

8.2. La apoderada del presidente de la República mencionó que en virtud del artículo 115 de la Constitución cada negocio particular del Gobierno Nacional se constituye con el presidente de la República y el ministro o el director del Departamento correspondiente, y que los actos que expida el Gobierno Nacional están representados por estas últimas entidades.

32. Por lo anterior, estimó que no se le debió vincular y que teniendo en cuenta que hay una reglamentación que presuntamente no se ha expedido, le corresponde al respectivo ministerio presentar el proyecto de Decreto si a ello hay lugar.

33. Para finalizar, aclaró que no comparte la condena impuesta al Ministerio de Trabajo en la sentencia de primera instancia y que coadyuva en su totalidad los argumentos de la entidad, por lo que solicita que se revoque la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

34. Esta Sección es competente para resolver la impugnación presentada contra la sentencia del 21 de abril de 2021 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B de conformidad con lo dispuesto en los artículos 125, 150 y 243 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo “CPACA” Ley 1437 de 2011², 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 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. Generalidades sobre la acción de cumplimiento

35. La finalidad de la presente acción, consagrada en el artículo 87 de la Constitución Política, a la cual puede acudir cualquier persona natural o jurídica, es hacer efectivo el cumplimiento de una norma con fuerza material de ley o de un acto administrativo que impone determinada actuación u omisión a la autoridad. Su objeto es la observancia del ordenamiento jurídico existente.

36. En desarrollo de este mandato constitucional, la Ley 393 de 29 de julio de 1997, que reglamenta esta acción, **exige como requisito de procedibilidad “la renuencia”** (artículo 8°), esto es, **haber reclamado en sede administrativa antes de ejercitar la demanda la atención de la norma o del acto administrativo que se considera desatendido**, y que la autoridad no responda transcurridos 10 días o se niegue a atender su cumplimiento.

37. Para que la demanda proceda, se requiere:

a) Que la norma legal o acto administrativo contenga un mandato imperativo e inobjetable radicado en cabeza de una autoridad pública o de un particular en ejercicio de funciones públicas, al cual se reclama el cumplimiento; y que, en efecto, se establezca que existe la desatención de la norma o acto;

b) Que el actor pruebe que antes de presentar la demanda exigió al que consideró como obligado, el cumplimiento de su deber legal;

c) Que el afectado no haya podido ejercer otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento del deber jurídico contenido en el acto administrativo, salvo el caso que, de no proceder el juez, se produzca un perjuicio grave e inminente para quien ejerció la acción; que no se trate de una norma que establezca gastos, ni tampoco del reclamo de un derecho que pueda garantizarse vía acción de tutela.

3. Norma que se pide ordenar cumplir

3.1. Artículo 18 de la Ley 100 de 1993 – aparte subrayado -

² “Artículo 150. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia. (...)”.

“El nuevo texto es el siguiente:> La base para calcular las cotizaciones a que hace referencia el artículo anterior, será el salario mensual.

El salario base de cotización para los trabajadores particulares, será el que resulte de aplicar lo dispuesto en el Código Sustantivo del Trabajo.

El salario mensual base de cotización para los servidores del sector público, será el que señale el Gobierno, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 4a. de 1992.

El límite de la base de cotización será de veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes para trabajadores del sector público y privado. Cuando se devenguen mensualmente más de veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes la base de cotización será reglamentada por el gobierno nacional y podrá ser hasta de 45 salarios mínimos legales mensuales para garantizar pensiones hasta de veinticinco (25) salarios mínimos legales.”.

4. Del agotamiento del requisito de procedibilidad

38. La procedencia de la acción de cumplimiento se supedita a la constitución en renuencia de la autoridad, que consiste en el reclamo previo y por escrito que debe elevarle el interesado exigiendo atender un mandato legal o consagrado en acto administrativo **con citación precisa de éste**³ y que ésta se ratifique en el incumplimiento o no conteste en el plazo de diez días siguientes a la presentación de la solicitud.

39. 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*”⁴.

40. Sobre este tema, esta Sección⁵ 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

3 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.** (Negrita fuera de texto)

⁴ 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.

⁵ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia del 9 de junio de 2011, expediente 47001-23-31-000-2011-00024-01. M.P. Susana Buitrago Valencia.

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

Así las cosas, para probar la constitución de la renuencia expresa es necesario analizar tanto la reclamación del cumplimiento como la respuesta del destinatario del deber omitido, puesto que la primera delimita el marco del incumplimiento reclamado. Y, para demostrar la renuencia tácita es necesario estudiar el contenido de la petición de cumplimiento que previamente debió formular el demandante, pues, como se dijo, aquella define el objeto jurídico sobre el cual versará el procedimiento judicial para exigir el cumplimiento de normas con fuerza material de ley o actos administrativos⁶” (Negritas fuera de texto).

41. 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”.

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

43. 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*”.⁷

44. Si bien el actor no aportó copia de la petición que le presentó a las entidades accionadas, anexó la respuesta de estas a su solicitud de “*reglamentar, en el marco del artículo 18 de la Ley 100 de 1993 (modificado por el artículo 5 de la Ley 797 de 2003) la base de cotización al Sistema General de Pensiones para los afiliados que devengan salarios superiores a los 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes, en aras de garantizar pensiones equivalente a los 25 SMLMV*”.

45. El Ministerio del Trabajo mediante comunicado del 13 de marzo de 2013 respondió que la norma que se pide cumplir contiene una facultad por cuanto se

⁶ Sobre el tema, Consejo de Estado, Sección Quinta, providencia del 24 de junio de 2004, exp. ACU-2003-00724, M.P.: Darío Quiñones Pinilla.

⁷ Sobre el tema, Consejo de Estado, Sección Quinta, providencias del 21 de noviembre de 2002, exp. ACU-1614 y del 17 de marzo de 2011, exp. 2011-00019.

utilizó el vocablo “podrá, y no una obligación como lo quiere hacer ver el accionante. Insistió en que el tema ya fue regulado para un sector de trabajadores del sector público y que levantar el tope máximo de cotización sobre los 25 salarios comprometería la estabilidad de la sostenibilidad financiera del sistema pensional y pondría en riesgo su conservación.

46. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público le informó que *“teniendo en cuenta que el artículo 18 de la Ley 100 de 1993, sufrió una modificación sustancial a través del artículo 5 de la Ley 797 de 2003 y que mediante el Decreto 2380 del 22 de noviembre de 2012, se creó la comisión intersectorial del Régimen de Prima Media con Prestación Definida del Sistema General de Pensiones, con el propósito de unificar criterios de interpretación normativa que les permita a las entidades administradoras (...) lograr mayor eficiencia en el proceso de reconocimiento de los derechos pensionales y del pago de las prestaciones económicas...”*.

47. La UGPP mediante memorial del 28 de diciembre de 2018 le manifestó que son los Ministerios los encargados de dirigir la administración financiera del Estado y proponer la política económica, financiera y de trabajo del Gobierno, y por tanto, reglamentar las materias que les competen.

48. De acuerdo con lo anterior, si bien es cierto que el accionante no aportó prueba de la petición y su presentación ante las entidades accionadas, no hay duda que previo a acudir en sede de cumplimiento, les solicitó reglamentar la base de cotización para pensión de las personas que devengan más de 25 salarios legales mensuales, con fundamento en la modificación que le introdujo el artículo 5º de la Ley 797 de 2003 al artículo 18 de la Ley 100 de 1993.

5. De la procedencia de la acción de cumplimiento

49. La parte actora, con el ejercicio de la presente acción, pretende que se ordene a los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y del Trabajo y a la UGPP que en cumplimiento del artículo 5º de la Ley 797 de 2003, se les ordene reglamentar la base de cotización de los trabajadores del sector público y privado que mensualmente devenguen más de 25 salarios legales mensuales.

50. En este orden de ideas, la Sala manifiesta que los preceptos que se piden acatar, específicamente el artículo 5º de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 18 de la Ley 100 de 1993, es actualmente exigible, adicionalmente, no implica el establecimiento de gasto, toda vez que lo que se pretende con su obediencia es la expedición del reglamento de la base de cotización de un grupo de trabajadores.

51. No se evidencia que lo pretendido por el accionante involucre la protección de derechos fundamentales que puedan ser invocados vía acción de tutela, lo que en principio, torna procedente el ejercicio de la acción de cumplimiento.

6. Caso concreto

52. El artículo 18 de la Ley 100 de 1993 establece en su inciso 4º que el límite base de cotización de los trabajadores del sector público y privado es de 25 salarios legales mensuales, pero, para quienes devengan un monto superior *“la*

base de cotización será reglamentada por el Gobierno Nacional y podrá ser hasta de 45 salarios mínimos legales mensuales para garantizar pensiones hasta de veinticinco (25) salarios mínimos legales.”

53. Advierte la Sala que como lo concluyó el Tribunal, la norma cuyo cumplimiento se pide atender contiene un mandato en cabeza del Gobierno Nacional de reglamentar la base de cotización de un grupo de trabajadores.

54. Como quedó expuesto en los antecedentes de este proveído, las entidades accionadas afirman que la materia ya fue regulada por el Gobierno Nacional en las siguientes normas:

- Decreto 1359 de 1993 *“Por el cual se establece un régimen especial de pensiones, así como de reajustes y sustituciones de las mismas, aplicable a los Senadores y Representantes a la Cámara.”*
- Decreto 1293 de 1994 en su artículo 3º, *que establece los beneficios del régimen de transición de los senadores y representantes a la Cámara.*
- Decreto 816 de 2002, artículo 11, *que fijó la liquidación de la pensión de los congresistas sujetos al régimen de transición.*
- Artículo 28 del Decreto 104 de 1994 *que dispone la escala de asignación básica mensual de los servidores públicos de la Rama Judicial, del Ministerio Público y de la Justicia Penal Militar*

55. Para la Sala no es aceptable la afirmación de las carteras ministeriales respecto a que las disposiciones citadas regulan la base de cotización de las personas que devengan más de 25 salarios, toda vez que la norma expresamente indica una base límite de cotización para trabajadores públicos y privados, haciendo la precisión que si estos devengan más de los 25 salarios, le corresponde al Gobierno Nacional reglamentarles la base de cotización.

56. Lo anterior indica que el legislador no puntualizó si el levantamiento del tope de la base de cotización sobre los 25 salarios cobijaría solo a un sector de trabajadores, máxime que no se puede considerar que los preceptos mencionados se expidieron en cumplimiento del artículo 5º de la Ley 797 de 2003 puesto que todas datan de fecha anterior a esta.

57. De otro lado, si bien es cierto que la regulación de una materia de tal magnitud requiere de un análisis sobre el impacto que pueda tener, más aun tratándose del régimen pensional, y que la norma no dispuso un término en el cual se debía expedir la reglamentación, lo cierto es que han transcurrido más de 17 años sin que el Gobierno Nacional demuestre que ha regulado la base de cotización de las personas que devengan más de 25 salarios legales mensuales o efectuado estudios o acciones en procura de ello.

58. Al respecto, esta Sala ha manifestado⁸ que la acción de cumplimiento procede para ordenar el ejercicio de la potestad reglamentaria, en todos los casos en los que el legislador haya impuesto al ejecutivo el deber de reglamentar determinado

⁸ Sección Quinta, sentencias del 26 de noviembre de 2015, expediente con radicado número 63001-23-33-000-2015-00227-01, M.P. Rocío Araújo Oñate y 19 de agosto de 2021, expediente No. 15001-23-33-000-2020-02351-01 M.P. Rocío Araújo Oñate (E).

tema con independencia de si se impuso término o no, es decir, que la ausencia de un plazo para desarrollar la facultad que se otorga para desarrollar ciertas materias no deriva en la inexigibilidad de lo dispuesto como mandato en la norma.

59. Se aclara que el mandato de expedir el decreto que regule la materia no conlleva afectación de derechos sociales como lo manifiesta el Ministerio del Trabajo, pues no se está indicando el monto sobre el que se debe ajustar la base de cotización, lo que se dispone es que se reglamente un tema que el mismo legislador ordenó para que conforme a este se le puedan efectuar los descuentos a un grupo de trabajadores.

60. Vale aclarar que si bien el inciso 4 del artículo 18, que fue modificado por el artículo 5 de la Ley 797 de 2003 contiene el verbo “podrá”, este hace referencia al monto sobre el que se puede fijar la base de cotización que puede ser hasta de 45 salarios mínimos legales mensuales vigentes, y no al ejercicio de reglamentar que está allí dispuesto y lleva sin ejecutar el Gobierno Nacional desde hace más de 17 años.

61. Por lo expuesto, se modificará la sentencia proferida en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el sentido de ordenar la reglamentación que dispone el inciso 4 del artículo 18 de la Ley 100 de 1993 que fue modificado por el artículo 5 de la Ley 797 de 2003, no solamente al Ministerio del Trabajo sino al Gobierno Nacional, el cual de acuerdo al artículo 115 de la Constitución Política está conformado además de la citada cartera ministerial, por el presidente de la República.

3. Conclusión

62. La Sala modificará la sentencia de primera instancia para ordenar al Gobierno Nacional, conformado por el presidente de la República y el Ministerio del Trabajo que en el término de 6 meses siguientes a la notificación de esta providencia expidan la reglamentación que indica el inciso 4 del artículo 18 de la Ley 100 de 1993 que fue modificado por el artículo 5º de la Ley 797 de 2003.

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

FALLA

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia del 21 de abril de 2021, así:

ACCEDER a las pretensiones de la demanda y, en consecuencia, ordenar al Gobierno Nacional conformado por el presidente de la República y el Ministerio del Trabajo que, dentro de los seis meses siguientes a la notificación de esta providencia, **procedan a expedir la reglamentación** de que trata el inciso 4 del artículo 18 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 5º de la Ley 797 de 2003.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Presidente

LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA
Magistrado

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Magistrado

PEDRO PABLO VANEGAS GIL
Magistrado

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