

Ejecución y vigencia de la ley frente a la actividad administrativa y frente al contencioso administrativo: la acción de cumplimiento en la reforma del CCA

RAFAEL ENRIQUE MEJÍA ALFONSO¹

SUMARIO

A. Una reforma "adaptada" a la realidad política y jurídica colombiana. 1. Hacia la constitucionalización del derecho administrativo colombiano. §1. La "modernización" de los procedimientos y la incorporación de los principios y normas constitucionales a las actuaciones administrativas y judiciales. §2. Entre "compilación de textos y esfuerzo clarificador del derecho. 2. Las "interferencias del derecho comparado". §1. Un "remedio" procesal del derecho inglés ante la inejecución de las obligaciones públicas. §2. Las "órdenes" de cumplimiento para la ejecución de la cosa juzgada en derecho francés.

B. Una reforma "coherente" pero ambiciosa en sus efectos. 1. ¿Desaparición de la acción de cumplimiento y nacimiento de la "pretensión de cumplimiento administrativa"? §1. La pretensión de cumplimiento administrativa y su articulación con la acción de cumplimiento constitucional. §2. La articulación de la acción de cumplimiento con las demás acciones. 2. Los poderes del juez de cumplimiento y el establecimiento de un "precedente judicial". §1. El juez

1 Abogado y Máster en Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia. Máster en Derecho del Medio Ambiente de las Universidades Paris I y Paris II. Candidato a Doctor en Derecho de la Universidad Sorbona de París, Francia y Universidad Externado de Colombia. rafael.mejia@uexternado.edu.co

de cumplimiento: un juez protector de los derechos ciudadanos. §2. ¿Acercamiento real o ficticio al derecho de la Common Law?

RESUMEN

La reforma al actual Código Contencioso Administrativo presenta varias novedades interesantes respecto de la ejecución y la vigencia de la ley en Colombia. Ella afirma la validez y eficacia del derecho al prever la inclusión de varios principios y normas constitucionales a las actuaciones administrativas y judiciales. La reforma clarifica que existe una única acción y diferentes pretensiones. De esa forma, ella introduce la pretensión de cumplimiento administrativa. Esta pretensión en principio parece no oponerse ni excluir las otras pretensiones en el ámbito administrativo y judicial. La reforma refuerza el derecho de petición el cual puede ser una vía adecuada para constituir el requerimiento previo ante la entidad obligada a cumplir una ley o un acto administrativo. Ella aclara que no existe recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia para las acciones de cumplimiento. La reforma tiende finalmente a complementar los poderes del juez de cumplimiento y a desarrollar los criterios de funcionamiento del precedente judicial que pueden incidir en la acción de cumplimiento.

PALABRAS CLAVES

Acción de cumplimiento, derecho de petición, pretensión de cumplimiento administrativa, juez de cumplimiento, precedente judicial.

IMPLEMENTATION AND ENFORCEMENT OF THE LAW AGAINST THE ADMINISTRATIVE ACTIVITY AND THE JURISDICTIONAL ADMINISTRATIVE PROCESS: THE MANDAMUS ACTION IN THE CCA REFORM

ABSTRACT

The reform to the Administrative Code of Colombia presents several interesting new features with regards to the execution and the use of the law in Colombia. It affirms the validity and effectiveness of the right when anticipating the constitutional inclusion of several principles and norms to the administrative and judicial activities. The reform clarifies that there exists a unique action and different claims. Thus introducing the claim of administrative compliance. This claim, in principle, seems not to be against or to exclude other claims in the administrative and judicial scope. The reform reinforces the right of petition, which can be a suitable route to establish the prerequisite for an organization

to obey a law or an administrative act. It clarifies that similar mandatory order cases will be not treated in the same way. They are a not process for uniformed precedent of mandatory order. The reform finally tends to complement the powers of the mandatory order judge and to develop the criteria of operation of the judicial precedent that can influence the mandatory order.

KEY WORDS

Mandatory order, fulfillment law, right of petition, administrative claim previously a mandatory order, mandatory order judge, judicial precedent.

INTRODUCCIÓN

Muchas veces nuestros profesores de Derecho Constitucional decían en sus clases de forma jocosa que Colombia es un país de leyes. Ellos parecen tener razón: la Constitución Política de Colombia tiene 380 artículos y 60 artículos transitorios². Nuestro país cuenta con 23 códigos y con diversas leyes. Por ejemplo, la Ley 1374 que crea el Consejo Nacional de Bioética; la Ley 1377 que reglamenta la actividad de reforestación comercial; la Ley 1384 o Ley "Sandra Ceballos" que implementa varias acciones para la atención integral del cáncer en Colombia; la Ley 1394 que regula el Arancel Judicial y la Ley 1403 o Ley "Fanny Mikey" que establece una remuneración por comunicación pública a los artistas, intérpretes o ejecutantes de obras y grabaciones audiovisuales. Esto, sólo por mencionar una parte de las leyes expedidas en 2010. Pero se pregunta ¿todas esas leyes se cumplen realmente en el contexto colombiano?

Ahora bien, mediante el Decreto 4820 de 2007, el gobierno nacional creó una Comisión para la reforma del actual Código Contencioso Administrativo Colombiano (en adelante CCA). La Comisión creada tenía un plazo de un año para presentar ante el Congreso de la República el proyecto de reforma a dicho código³. El 17 de noviembre de 2009, el proyecto de ley fue radicado en el Senado de la República, bajo el número 198 de 2009⁴, denominado proyecto de ley: "por el cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de

2 La Constitución Francesa de octubre 4 de 1958 tiene un preámbulo y cuenta con ciento tres artículos, dos de los cuales son disposiciones transitorias. Otros países no tienen formalmente una constitución escrita como el caso del Reino Unido.

3 Cfr. Reforma al Código Contencioso Administrativo. Observatorio Legislativo del Instituto de Ciencia Política, marzo de 2010, Boletín núm. 155. Instituto de Ciencia Política Hernán Echevarría Olózaga. www.icpcolombia.org.

4 Cfr. Imprenta Nacional de Colombia. Proyecto de Ley publicado en la *Gaceta del Congreso*, núm. 1173 de 17 de noviembre de 2009, 68 pp.

lo Contencioso Administrativo". Finalmente, el nuevo Código fue expedido mediante la Ley 1437 de enero 18 de 2011.

Pero las preguntas que contrastan la afirmación inicial podrían ser: ¿en Colombia las leyes vigentes se aplican o se cumplen realmente?, ¿existe una diferencia aritmética entre la ley sancionada y promulgada, y la ley que es cumplida verdaderamente por nuestra administración?, y por último, ¿en este escenario una acción constitucional como la acción de cumplimiento colombiana se revela útil y eficaz?

La ley que reforma el Código Contencioso Administrativo vigente parece integrar estas preocupaciones como lo veremos en las siguientes líneas⁵. Comenzaremos por ver que el legislador pretende implementar una regulación acorde con la realidad política y jurídica colombiana (A). Sin embargo, los efectos perseguidos con la reforma se anuncian bastante ambiciosos (B).

A. UNA REFORMA "ADAPTADA" A LA REALIDAD POLÍTICA Y JURÍDICA COLOMBIANA

Una de las preocupaciones del legislador, es la de articular el derecho constitucional con el derecho administrativo (1). Varios elementos de derecho comparado parecen ser la causa de esta articulación (2).

1. Hacia la constitucionalización del derecho administrativo colombiano

La reforma pretende hacer una *actualización* de la reglamentación aplicable en las actuaciones administrativas y judiciales (§1.). Este esfuerzo legislativo parece, además, tener un objetivo clarificador sobre las normas aplicables ante dichas instancias (§2.).

§1. La "modernización" de los procedimientos y la incorporación de los principios y normas constitucionales a las actuaciones administrativas y judiciales

Señala el tercer considerando de la exposición de motivos del proyecto⁶ de reforma que, actualmente se "impone" la "constitucionalización del derecho", especialmente en lo que tiene que ver con el rol de la administración, las ac-

5 Trabajaremos principalmente el texto definitivo aprobado mediante la Ley 1437 de enero 18 de 2011, por la que se expide el "Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo".

6 Cfr. Imprenta Nacional de Colombia. Ponencia para primer debate en Comisión Primera del Senado de la República al Proyecto de Ley N° 198 de 2009, publicada en la *Gaceta del Congreso*, núm. 1210 de noviembre 27 de 2009, 12 pp.

ciones, los procedimientos, las competencias y en general el debido proceso administrativo y judicial⁷; y ello es así -continúa el mismo considerando- como quiera que la Constitución de 1886 rigió 104 años y que en 1991 se cambiaron los paradigmas de la Soberanía Nacional y de la preeminencia de la ley por las concepciones de Soberanía Popular, supremacía de la Constitución y la consagración de un Estado social de derecho, entre otros⁸.

En ese sentido, los procedimientos administrativos y el CCA habían sido concebidos sobre viejos modelos teóricos y a pesar que ellos habían sido objeto de reformas, en esencia guardaban los cimientos de la anterior Constitución⁹. Antes de la expedición de la Constitución Política de 1991, se presentaba una situación curiosa y casi paradójica, no existía consagración constitucional de la acción de cumplimiento, pero sí existía una acción de reparación y de cumplimiento en el Código que fue expedido mediante el Decreto 01 de 1984. El texto original del artículo 86 del CCA establecía una acción de reparación directa y cumplimiento. El artículo disponía que la persona que acreditara interés podía reclamar, entre otros, el restablecimiento del derecho, la reparación del daño o el *cumplimiento de un deber que la administración eludiera*. Sin embargo, el Decreto 2304 de 1989 suprimió la parte concerniente al cumplimiento dejando únicamente vigente la acción de reparación directa.

Con la nueva Constitución se integró la acción de cumplimiento y se cambió la concepción ideológica del Estado y de la administración pública, cuyas funciones ahora estarían orientadas a la satisfacción de las necesidades y a garantizar los derechos fundamentales, entre otros objetivos. En lo que tiene que ver con la *Acción de Cumplimiento*, se afirma que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 87 de la Constitución Política de 1991, toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una norma con fuerza material de ley o un acto administrativo. Fue así que

7 "Un derecho administrativo con pretensiones de autosuficiencias explicativas y fundamentadoras, ya no es de recibo. Con respeto por nuestras tradiciones, hoy se debe hablar de un derecho constitucional de la administración y de sus contenciones o conflictos". Cfr. *ibíd.*, Tercer considerando de la exposición de motivos, p. 2.

8 "En 1991 no sólo se constitucionalizó lo administrativo de una manera más fuerte que en cualquier otro ciclo constitucional, sino que se asumió un nuevo modelo de Estado: el llamado "Social de derecho", que en verdad es el Estado Constitucional con sus pilares de "lo Jurídico" y "lo Social", pero también "lo Unitario", "lo Democrático", "lo Participativo", "la Descentralización", "la Autonomía Territorial", "el Pluralismo" y "la Forma Republicana". Cfr. *ídem.*, cuarto considerando de la exposición de motivos.

9 "Nuestros procedimientos administrativos y nuestro Código Contencioso Administrativo fueron concebidos y madurados antes de 1991, con los viejos paradigmas de 1886, y a pesar de las reformas que se han hecho no logran sacudirse de ese lastre". Cfr. *ídem.*, tercer considerando de la exposición de motivos.

en 1997 el legislador reguló la materia mediante la Ley 393, llamada "Acción de cumplimiento"¹⁰.

En otras palabras, uno de los objetivos principales de la reforma es *constitucionalizar las disposiciones procesales*; es decir, incorporar en el texto del nuevo CCA los principios constitucionales aplicables a las actuaciones administrativas y judiciales. A nivel del procedimiento contencioso administrativo, dispone el artículo 103 de la reforma, que los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tienen por objeto la preservación del orden jurídico y la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la Ley. Por otro lado, en la aplicación e interpretación de las normas del Código se deberán observar los principios constitucionales y los del derecho procesal.

La Ley 1437 de 2011 mantiene la estructura del Código Contencioso Administrativo vigente; es decir, continúa con la división en dos partes, por un lado las disposiciones que regulan el procedimiento administrativo y por el otro, la organización de la jurisdicción contencioso administrativa, la función jurisdiccional y de consulta.

La reforma comienza por un artículo que trata sobre la finalidad de la parte primera el cual prevé que las normas dispuestas en esta parte buscan proteger y garantizar los derechos y libertades de las personas, la primacía de los intereses generales, la sujeción de las autoridades a la Constitución y al ordenamiento jurídico en general, el cumplimiento de los fines estatales, el funcionamiento eficiente y democrático de la administración y la *observancia* de los deberes del Estado y de los particulares.

Adicionalmente, en el artículo 3° se consagra la obligación que tienen las autoridades de interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y los procedimientos administrativos según los principios consagrados en la Constitución Política, en la primera parte del Código y en las demás leyes especiales.

Pero, ¿por qué se habla de modernización en los procedimientos? La respuesta tiene que ver con las técnicas que emplea la administración pública para llevar a cabo sus funciones y con los principios aplicables a las actuaciones administrativas y judiciales. En efecto, la reforma pretende hacer frente a la

10 En este trabajo nos referiremos únicamente a la acción genérica de cumplimiento introducida por el artículo 87 de la Constitución Política de 1991 y regulada posteriormente por la Ley 393 de 1997, pues esta acción no es la única vigente en el ordenamiento jurídico colombiano. En consecuencia, actualmente para efectos de una reclamación, se hace necesaria la existencia de una norma objetiva que defina un derecho y/o una obligación, el sujeto pasivo de la misma y su "acreedor". La obligación puede provenir de la ley o de un acto administrativo con fuerza material de ley.

congestión judicial, reduciendo el tiempo que toman las actuaciones administrativas y los procedimientos judiciales¹¹.

Se planea contrarrestar la mora judicial y para esto se prevé un plan de descongestión transitoria, que no excluye la *evacuación* de las acciones de cumplimiento que se encuentran represadas en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo¹².

Modernización que se explica por el hecho que el Código Contencioso que nos rige, es un código que fue expedido en vigencia de la Constitución de 1986. Se trata entonces de integrar los principios y las normas de nuestra Constitución Política de 1991, tales como aquellas normas que señalan que Colombia es un Estado social de derecho, los principios aplicables a la función administrativa, el artículo 87 sobre acción de cumplimiento, etc. En relación con la modernización, el proyecto suprime nominalmente lo que se conoce como la "vía gubernativa", denominándola en adelante, "recursos ante la administración".

Como lo hemos anotado antes, la exigencia de un trámite administrativo y procesal eficiente y el acceso a la administración de justicia, son prioridades de la reforma. En ese sentido, ésta incluye varios artículos destinados a reforzar el derecho de petición. Señala el nuevo inciso 2° del artículo 13 del proyecto de reforma¹³, que *toda actuación* que inicie cualquier persona ante las autoridades, implica el ejercicio del derecho de petición consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política, sin que sea necesario invocarlo. La disposición precisa que a través de su ejercicio se puede *solicitar el reconocimiento de un derecho*.

Sobre el particular, es necesario precisar que el requerimiento previo que tiene la acción de cumplimiento equivale a ejercitar el derecho de petición,

11 Incluso, uno de los objetivos del proyecto consiste en dar prelación a los recursos cuando se trata de derechos fundamentales.

12 Cfr. "Artículo 304. *Plan Especial de Descongestión. Dentro del año siguiente contado a partir de la promulgación de la ley, el Consejo Superior de la Judicatura con la participación del Consejo de Estado, preparará y adoptará, entre otras medidas transitorias, un plan especial de descongestión de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, cuyo objetivo es el de llevar hasta su terminación todos los procesos judiciales promovidos antes de la entrada en vigencia de la presente ley y que se encuentren acumulados en los Juzgados y Tribunales Administrativos y en el Consejo de Estado*".

(..).

La ejecución del Plan Especial de Descongestión no podrá sobrepasar el término de cuatro (4) años contados a partir de su adopción por parte del Consejo de Estado y el Consejo Superior de la Judicatura".

13 Cfr. "Artículo 13. *Objeto y modalidades del derecho de petición ante las autoridades. Toda persona tiene derecho de presentar peticiones respetuosas a las autoridades, en los términos señalados en este Código, por motivos de interés general o particular, y a obtener pronta resolución.*

Toda actuación que inicie cualquier persona ante las autoridades, implica el ejercicio del derecho de petición consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política, sin que sea necesario invocarlo. Mediante él, entre otras actuaciones, se podrá solicitar el reconocimiento de un derecho o que se resuelva una situación jurídica, que se le preste un servicio, pedir información, consultar, examinar y requerir copias de documentos, formular consultas, quejas, denuncias y reclamos e interponer recursos".

como lo ha señalado el Consejo de Estado mediante su jurisprudencia. En efecto, el peticionario debe preconstituir la prueba de la renuencia al cumplimiento de la obligación legal o del acto administrativo por parte de la autoridad o del particular. De no hacerlo, la solicitud puede ser rechazada. Cualquier medio es válido -por ejemplo por medio de un derecho de petición¹⁴- pero se requiere que la autoridad se ratifique en el incumplimiento o que no haya dado respuesta dentro de los 10 días siguientes a la presentación de la petición. El solicitante está exento del requerimiento cuando se genera un riesgo de sufrir un perjuicio irremediable¹⁵, caso en el cual se debe sustentar en la demanda (inciso 2° del art. 8° de la Ley 393 de 1997)¹⁶.

De otro lado, en lo que tiene que ver con la eficiencia administrativa y jurisdiccional, la reforma incentiva la implementación de mecanismos virtuales¹⁷ y el uso de tecnologías de la información aunque su aplicación no es inmediata¹⁸. Por ejemplo, respecto de las notificaciones o la presentación de escritos, peticiones o recursos tratándose de procedimientos administrativos y procedimientos contencioso administrativos. Sin embargo, la Ley 1395 de julio 12 de 2010¹⁹, ya preveía la puesta en marcha de la notificación por me-

14 Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, julio 11 de 2002. C.P.: MANUEL SANTIAGO URUETA AYOLA, rad. 25000-23-26-000-2002-9179-01(ACU-1464), actor: Sneyder Arturo Sánchez López.

15 Puede ser un daño antijurídico o una lesión económica cuantificable o la invocación de un peligro real y concreto.

16 "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 obligación, y iii) la explicación del sustento en el que se funda el incumplimiento. Por su parte, de acuerdo con el inciso 2° del artículo 8° de la Ley 393 de 1997, se configura la renuencia al cumplimiento en forma tácita o expresa, puesto que se presenta cuando el destinatario del deber omitido i) expresamente ratifica el incumplimiento o, ii) si transcurridos 10 días después de la presentación de la solicitud, la entidad o el particular guardan silencio con relación a la aplicación de la norma. Esto muestra que dicho requisito de procedencia de la acción prueba la resistencia del destinatario de la norma a cumplir lo dispuesto en ella". Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, febrero 27 de 2003. C.P.: DARÍO QUIÑONES PINILLA, rad. 25000-23-26-000-2002-2896-01(ACU), actor: Luis Hernando Luna Pisco.

17 Cfr. artículos 53 a 64 de la reforma. De la misma forma y a la inversa el inciso 2° del artículo 56 es importante, pues dispone que el interesado en el desarrollo de la actuación, podrá solicitar ante la autoridad que las notificaciones sucesivas no se realicen por medios electrónicos.

18 El nuevo Código comenzará a regir el 2 de julio de 2012 según el artículo 308 de la reforma.

19 Cfr. José María Armenta Fuentes y Cecilia Calderón Jiménez. *Comentarios e interpretación de la*

dios electrónicos²⁰. Lo anterior es extensivo a la acción de cumplimiento, pues nada impide que las notificaciones, la presentación del requerimiento previo que tiene la acción de cumplimiento y su respuesta se lleven a cabo mediante medios electrónicos²¹. Estas hipótesis son aplicables cuando el accionante en su escrito de cumplimiento de un acto administrativo o de una norma con fuerza material de ley así lo expresa²².

No menos importante es el artículo 57 de la reforma, cuyo texto establece la posibilidad de emitir válidamente actos administrativos por medios electrónicos siempre que se asegure "la autenticidad, integridad y disponibilidad de acuerdo con la ley"²³. No sobra aclarar que la acción de cumplimiento es procedente contra este tipo de actos administrativos.

§2. Entre "compilación" de textos y esfuerzo clarificador del derecho

En lo que tiene que ver con la organización y con el objeto de la jurisdicción, la reforma recopila e incorpora las normas expedidas sobre la asignación de competencias y sobre estructura jerárquica al interior de la jurisdicción contencioso administrativa, dividiendo ésta, según el artículo 106 de la reforma²⁴,

Ley 1395 de 2010 para la aplicación en la jurisdicción contencioso administrativa y la Ley 1394 de 2010, 1ª edición, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, agosto de 2010, 177 pp.

- 20 Cfr. Ley 1395 de julio 12 de 2010. "Artículo 120. A partir de la entrada en vigencia de la presente ley, se implementará la notificación por medios electrónicos, de acuerdo con la reglamentación que para el efecto expida el Consejo Superior de la Judicatura".
- 21 Señala el artículo 186 de la reforma que todas las actuaciones judiciales que se pueden surtir por escrito se podrán realizar a través de medios electrónicos, cfr. "Artículo 186. Actuaciones a través de medios electrónicos. Todas las actuaciones judiciales que puedan surtirse en forma escrita se podrán realizar a través de medios electrónicos, siempre y cuando en su envío y recepción se garantice su autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con la ley. La autoridad judicial deberá contar con mecanismos que permitan acusar recibo de la información recibida, a través de este medio".
- 22 Cfr. "Artículo 205. Notificación por medios electrónicos. Además de los casos contemplados en los artículos anteriores, se podrán notificar las providencias a través de medios electrónicos, a quien haya aceptado expresamente este medio de notificación.
En este caso, la providencia a ser notificada se remitirá por el secretario a la dirección electrónica registrada y para su envío se deberán utilizar los mecanismos que garanticen la autenticidad e integridad del mensaje. Se presumirá que el destinatario ha recibido la notificación cuando el iniciador recepcione acuse de recibo o se pueda por otro medio constatar el acceso del destinatario al mensaje. El secretario hará constar este hecho en el expediente".
- 23 Cfr. "Artículo 57. Acto administrativo electrónico. Las autoridades, en el ejercicio de sus funciones, podrán emitir válidamente actos administrativos por medios electrónicos siempre y cuando se asegure su autenticidad, integridad y disponibilidad de acuerdo con la ley".
- 24 Cfr. "Artículo 106. Integración de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está integrada por el Consejo de Estado, los Tribunales Administrativos y los Juzgados administrativos".

en tres órdenes: Juzgados administrativos²⁵, Tribunales administrativos²⁶ y Consejo de Estado. En varios artículos luego, se hace un inventario de sus competencias.

Así, para el Consejo de Estado, de los artículos 109 al 114 se actualizan sus funciones de acuerdo con la Constitución y las leyes que han sido promulgadas y se incorporan otras funciones.

Los numerales 3° y 4° del artículo 111 son particularmente interesantes y novedosos. Sin embargo, en este apartado sólo nos contentaremos con hacer su mención, puesto que ellos serán desarrollados hacia el final de este trabajo, pues tienen amplias repercusiones respecto de la acción de cumplimiento.

Por una parte, por medio del numeral 3°, corresponde a la Sala de lo Contencioso Administrativo, en pleno, dictar sentencia en los asuntos que remitan las secciones, dada su "importancia jurídica o trascendencia económica o social, o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia", cuando aquella constatando alguno de esos criterios resuelva asumir la competencia. Dicha competencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo puede ser asumida de oficio, a petición de parte o por solicitud del Ministerio Público.

Por otra parte, el numeral 4° del artículo 111, afirma que la Sala de lo Contencioso Administrativo, en pleno, puede solicitar a los Tribunales el envío de determinados asuntos que estén conociendo en segunda instancia, estando pendientes de sentencia, y que, por su importancia jurídica, trascendencia económica o social, o por necesidad de unificar jurisprudencia, deban ser resueltos por la Sección o Subsección respectiva del Consejo de Estado.

El artículo 123 de la reforma señala las funciones que tiene la Sala Plena de los Tribunales administrativos. Después, el numeral 16 del artículo 152²⁷ y el artículo 153²⁸ determinan la competencia de los Tribunales y el y el numeral

25 Cfr. De los jueces administrativos. "Artículo 124. Régimen. Los juzgados administrativos que de conformidad con las necesidades de la administración de justicia establezca la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura para el cumplimiento de las funciones que prevea la ley procesal en cada circuito o municipio, integran la jurisdicción contencioso administrativa. Sus características, denominación y número serán fijados por esa misma Corporación de conformidad con lo dispuesto en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia".

26 Cfr. "Artículo 122. Jurisdicción. Los Tribunales Administrativos son creados por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura para el cumplimiento de las funciones que determine la ley procesal en cada distrito judicial administrativo. Tienen el número de Magistrados que determine la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura que, en todo caso, no será menor de tres (3)" (...).

27 Cfr. "Artículo 152. Competencia de los tribunales administrativos en primera instancia. Los tribunales administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos:
(...)

16. De los relativos a la protección de derechos e intereses colectivos, reparación de daños causados a un grupo y de cumplimiento, contra las autoridades del orden nacional o las personas privadas que dentro de ese mismo ámbito desempeñen funciones administrativas".

28 Cfr. "Artículo 153. Competencia de los tribunales administrativos en segunda instancia. Los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera ins-

10° del artículo 155²⁹, la de los Jueces administrativos cuando se trata de la acción de cumplimiento. De la lectura de los artículos de la reforma y de la Ley 1395 de julio 12 de 2010, aparece de nuevo una compilación de textos.

En efecto, por una parte, el artículo 152 de la reforma que trata de la competencia de los Tribunales Administrativos en primera instancia, incluye lo dispuesto por el artículo 57 de la Ley 1395 de 2010, cuyo texto atribuyó a los mismos Tribunales Administrativos en primera instancia, el conocimiento de las acciones de cumplimiento que se interpongan contra las entidades del nivel nacional³⁰. Además, el numeral 10° del artículo 155 de la reforma retoma lo establecido por el artículo 58 de la Ley 1395 de 2010 por medio del cual los jueces administrativos conocen en primera instancia de las acciones de cumplimiento cuando ellas se interpongan contra entidades departamentales, distritales y municipales (parte final del artículo 58)³¹. Por último, tanto el artículo 152 como el artículo 155 de la reforma aclaran que los Tribunales y los Juzgados Administrativos son competentes para conocer de las acciones de cumplimiento contra las personas privadas que desempeñen funciones administrativas.

Respecto de los jueces administrativos, cabe recordar que ellos fueron creados mediante la Ley 270 de 1996, la Ley 446 de 1998 introdujo las competencias, pero ellos comenzaron a funcionar únicamente hasta el 1° de agosto de 2006³².

En lo que tiene que ver con los impedimentos y recusaciones de consejeros, magistrados y jueces, la reforma introduce en el numeral 1° del artículo 130,

tancia por los jueces 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 o se conceda en un efecto distinto del que corresponda".

29 "Artículo 155. Competencia de los jueces administrativos en primera instancia. Los jueces administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos:

(...)

10. De los relativos a la protección de derechos e intereses colectivos, reparación de daños causados a un grupo y de cumplimiento, contra las autoridades de los niveles departamental, distrital, municipal o local o las personas privadas que dentro de esos mismos ámbitos desempeñen funciones administrativas".

30 Cfr. Ley 1395 de julio 12 de 2010. "Artículo 57. El artículo 132 del Código Contencioso Administrativo tendrá un numeral 14, cuyo texto será el siguiente:

14. De las acciones populares y de cumplimiento que se interpongan contra entidades del nivel nacional" (subrayado y negrilla fuera de texto).

31 Cfr. Ley 1395 de julio 12 de 2010. "Artículo 58. El numeral 10 del artículo 134B del Código Contencioso Administrativo quedará así:

Artículo 134B. Competencia de los jueces administrativos en primera instancia. Los Jueces Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos:

10. De las acciones populares y de cumplimiento que se interpongan contra entidades de carácter departamental, distrital o municipal" (subrayado y negrilla fuera de texto).

32 Cfr. Acuerdo PSAA06-3345 de marzo 13 de 2006, de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, por el cual "se implementan los Juzgados Administrativos".

una nueva causal interesante para efectos de la acción de cumplimiento y en general para las otras "acciones". La causal se aplica cuando ellos hubieren participado en el nacimiento del acto administrativo que es atacado³³.

Si se llega a presentar lo anterior, aquellos deberán declararse impedidos -o enfrentar eventualmente una recusación-, cuando conocen en sede jurisdiccional del cumplimiento de un acto administrativo que ellos expidieron con anterioridad.

Ahora bien, la reforma clarifica en el último inciso del artículo 257 que no existe recurso extraordinario de Unificación de Jurisprudencia para las acciones de cumplimiento³⁴. Este recurso permite, por otro lado, lograr la unidad de la interpretación del derecho, su aplicación uniforme y garantizar los derechos de las partes y de los terceros cuando ellos resulten perjudicados por una providencia judicial.

Cabe recordar que la Ley 1394 de julio 12 de 2010 sobre el arancel judicial³⁵ estableció en el artículo 4º que en los juicios de control constitucional o derivados del ejercicio de la acción de tutela y de las demás acciones constitucionales, no se podrá cobrar dicho arancel. Adicionalmente, en el artículo 11 de la misma ley se dispuso que constituye falta disciplinaria gravísima del juez, el hecho de retrasar sin justificación el trámite de los procesos que están exceptuados de arancel judicial.

La reforma actualiza también el rango de multas que la administración puede imponer cuando se incumplen los actos administrativos que imponen obligaciones no pecuniarias. La reforma prevé en el artículo 90 que cuando un acto administrativo imponga una obligación a un particular y éste se mantenga renuente a su cumplimiento, la autoridad que expidió el acto podrá imponerle multas sucesivas hasta que ejecute el deber. Las multas son impuestas atendiendo criterios de razonabilidad y proporcionalidad y ellas pueden ir de uno a quinientos salarios mínimos legales mensuales vigentes. En cualquier caso,

33 Cfr. Impedimentos y recusaciones. "Artículo 130. Causales. Los Magistrados y los jueces deberán declararse impedidos, o serán recusables, en los casos señalados en el artículo 150 del Código de Procedimiento Civil y, además, en los siguientes eventos:

(...)

1º. Cuando el juez, su cónyuge, compañero o compañera permanente, o alguno de sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil, hubieren participado en la expedición del acto enjuiciado, en la formación o celebración del contrato o en la ejecución del hecho u operación administrativa materia de la controversia".

34 "Artículo 257. Procedencia. El recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia procede contra (...):

(...)

El recurso de unificación de jurisprudencia no procederá para los asuntos previstos en los artículos 86, 87 y 88 de la Constitución Política".

35 Cfr. Ley 1394 de julio 12 de 2010, por la cual "se regula un arancel judicial" y Ley 1395 de julio 12 de 2010, por la cual "se adoptan medidas en materia de descongestión judicial". Librería Jurídica Sánchez, Medellín, 2010, 67 pp.

la administración -mientras persista la renuencia-, se reserva el derecho de proceder a la ejecución material de la obligación y después podrá pedir ante el particular, el reembolso de los gastos que la ejecución del acto demanden³⁶.

El numeral 7° del artículo 5° de la reforma señala que constituye un derecho de las personas ante las autoridades, exigir el cumplimiento de las responsabilidades de los servidores públicos y de los particulares que cumplen funciones administrativas. Por su parte, los numerales 6° y 8° del artículo 7° de la reforma disponen respectivamente que las autoridades y sus servidores deberán tramitar las peticiones que les lleguen por vía fax o por medios electrónicos y deberán adoptar los medios tecnológicos para el trámite y resolución de esas peticiones.

Finalmente, el numeral 10° del artículo 9° de la reforma prohíbe demorar en forma injustificada la producción de un acto administrativo, su comunicación o su notificación; de igual forma, el numeral 12 del mismo artículo prohíbe dilatar o entorpecer el cumplimiento de las decisiones en firme o de las providencias judiciales.

2. Las "interferencias" provenientes del derecho comparado

El segundo considerando de la ponencia para primer debate ante el Senado del proyecto de Ley 198 de 2009, afirma que la reforma sometida a estudio "se justifica" dada la "problemática de la internacionalización y modernización de la temática de la administración y sus conflictos". Ahora bien, aunque en la exposición de motivos no se hace alusión expresa a la acción de cumplimiento colombiana en derecho comparado, consideramos interesante presentar los puntos de contacto que tiene aquella con una de las herramientas procesales para la ejecución de las obligaciones públicas en derecho inglés (§1.) y luego en derecho francés (§2.).

§1. Un "remedio" procesal del derecho inglés ante la inejecución de las obligaciones públicas

En lo que tiene que ver con la administración inglesa, los cuerpos administrativos ingleses tienen la obligación de actuar de forma eficiente y honesta para promover el bienestar público. Ellos deben escuchar a los administrados

36 Cfr. "Artículo 90. Ejecución en caso de renuencia. Sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales, cuando un acto administrativo imponga una obligación no dineraria a un particular y éste se resistiere a cumplirla, la autoridad que expidió el acto le impondrá multas sucesivas mientras permanezca en rebeldía, concediéndole plazos razonables para que cumpla lo ordenado. Las multas podrán oscilar entre uno (1) y quinientos (500) salarios mínimos mensuales legales vigentes y serán impuestas con criterios de razonabilidad y proporcionalidad. La Administración podrá realizar directamente o contratar la ejecución material de los actos que corresponden al particular renuente, caso en el cual se le imputarán los gastos en que aquella incurra".

como si fueran ellos mismos los afectados por las decisiones. De igual manera, los cuerpos administrativos deben operar de forma transparente, sin que causen daños a los administrados, respetando los derechos de los individuos y consultando siempre el interés general.

El poder discrecional de las cortes se encuentra limitado por medio del rol de los litigantes. En ese sentido, los ciudadanos ingleses consideran que se trata de una función política más que jurídica³⁷. Muchos de los derechos que tienen actualmente los ciudadanos, han sido ganados por los litigantes en los procesos judiciales. Pero, ¿cuál es la vía judicial más utilizada por los litigantes ingleses para que la administración pública cumpla sus obligaciones? La respuesta es el *writ of mandamus* o *mandatory order*, que es una orden expedida por una Corte de jurisdicción superior dirigida a una corporación pública o privada, a cualquiera de sus funcionarios administrativos, ejecutivos, judiciales, o a una corte inferior, ordenándole la ejecución de un acto dentro del marco de su competencia o la restauración de los derechos vulnerados a la persona que acciona. Como se puede ver, la *mandatory order* se utiliza para solicitar la ejecución de obligaciones, el resultado del proceso es una orden a un funcionario público para que lleve a cabo una conducta o un acto. En cualquier caso la *mandatory order* tiene un carácter residual³⁸.

De manera general, sirve para garantizar el cumplimiento efectivo de las obligaciones públicas a cargo de las autoridades, cualquiera que sea su clase³⁹. Está concebido para ser utilizado por una autoridad pública contra otra. Además, es un mecanismo con el que puede contar el ciudadano cuando la autoridad pública falla en la ejecución de las obligaciones que está llamada a cumplir.

La *mandatory order* no tiene caducidad y procede para el cumplimiento de obligaciones estatutarias no sujetas a plazo. De igual forma, no se puede intentar contra la Corona, pues el recurso emana de ésta⁴⁰, pero cuando el Parlamento establece como titular de una obligación de hacer a un particular sirviente de la Corona, puede ser intentada contra éste no obstante que tenga esa calidad y actúe por cuenta de ella.

37 "When an administrator asks, "May I do X?", the lawyer replies "if the law permits. He knows where to find the law: statutes, regulations, precedents, etc., and he knows how to rank it when it has been found. Lawyers like to assume that administrators approach the law in the same way". Cfr. Beatson, Matthews and Elliott's. *Administrative law: text and materials*. 3rd edn, Oxford University Press. Oxford, Great Britain, 2005, p. 4.

38 El *mandamus* deviene un amparo contra una autoridad pública obligada a una conducta ordenada por una ley, una ordenanza, un decreto o un acto administrativo.

39 Cfr. Andrew J. Harding. *Public Duties and Public Law*. Oxford University Press, chapter 3, Oxford, 1989.

40 "That there can be no *mandamus* to the Sovereign, there can be no doubt, both because there would be an incongruity in the Queen commanding herself to do an act, and also because disobedience to the writ of *mandamus* is to be enforced by attachment". Cfr. R. v. Powell [1841] 1 QB 352 at 361.

De otro lado, la presentación de una *mandatory order* se lleva a cabo por medio de una demanda expresa, dirigida a la autoridad renuente citando y explicando la obligación incumplida, aunque las formalidades se atenúan según el comportamiento procesal previo de las partes⁴¹. Como requisito sustancial, se exige que la autoridad sea claramente informada por el solicitante y se le deben señalar las medidas a tomar según el caso, todo ello para que ella decida si cumple o no en esa etapa⁴².

La *mandatory order* puede ser rechazada cuando existe culpa por el retardo en su presentación, de igual manera, cuando se hizo todo lo razonable para cumplir con la obligación y no se pudo, o en el evento en que este recurso se haga innecesario. Por otro lado, la *mandatory order* tiene un carácter subsidiario frente a otro medio de defensa, pero puede ser invocada en ausencia de un recurso específico para hacer cumplir un derecho⁴³. Por este hecho, la *mandatory order* es inaplicable cuando existe un recurso judicial especialmente de apelación⁴⁴.

Actualmente, ella ha perdido su carácter secundario porque es utilizada regularmente para la ejecución de obligaciones estatutarias en cabeza de las autoridades públicas y no es un procedimiento largo, engorroso o costoso⁴⁵.

Ninguna acción puede ser presentada contra el destinatario de este recurso, ni respecto de lo resuelto por la *mandatory order*⁴⁶. La desobediencia a la misma es punible con multa o prisión, según el criterio de la Corte⁴⁷.

Entre las aplicaciones modernas de la *mandatory order*, se puede señalar su procedencia para la ejecución de las obligaciones o deberes estatutarios de las autoridades públicas⁴⁸; para decidir una disputa entre autoridades educativas en el marco de sus competencias⁴⁹; para determinar la procedencia de

41 Cfr. *The State (Modern Homes Ltd.) v. Dublin Corporation* [1953] IR 202.

42 Cfr. *R. v. Brecknock & Abergavenny Cannal Co.* [1835] 3 Ad. & E217 y *R. v. Commissioner of Public Utilities ex p. Halifax Transit Corpn.* [1970] 15 DLR (3d) 720.

43 Cfr. *R. v. Gamble* [1839] 11 A & E 69.

44 Cfr. *R. v. Thomas* [1892] 1 QB 426 at 429.

45 Cfr. *R. v. Leicester Guardians* [1899] 2 QB 632.

46 "No action or proceeding shall be begun or prosecuted against any person in respect of anything done in obedience to an order of mandamus". Cfr. *The Rules of the Supreme Court*, Ch. 4, ord.53.r.10. Application for judicial review. Actualmente, CPR 54.

47 Cfr. *R. v. Poplar Borough Council ex p. London Country Council* (N° 2) [1922] 1 KB 95.

48 Cfr. *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food* [1968] AC 977 y *R. v. Poplar Borough Council* (N° 1) [1922] 1 KB 72. Aunque la Corte puede conceder también una *mandatory order* para el cumplimiento de deberes no estatutarios: *R. v. Barners Borough Council ex p. Conlan* [1938] 3 ALL ER 226.

49 Cfr. *Board of Education v. Rice* [1911] AC 179.

una licencia⁵⁰; para aprobar los planos de edificios⁵¹; para pagar la pensión de un policía⁵²; para controvertir y mejorar las condiciones de reclusión⁵³; para implementar un plan de empleo⁵⁴, etc.

En último lugar, si no existe un medio más adecuado para hacer cumplir la obligación, la Corte también puede conferir la ejecución material de la obligación a la parte que intenta la *mandatory order* y ordenar el pago de los costos que demande la ejecución a la parte renuente⁵⁵.

§2. Las "órdenes" de cumplimiento para la ejecución de la cosa juzgada en derecho francés

Uno de los principios en derecho administrativo francés es que la ley y los actos administrativos son directamente aplicables. En la cultura jurídica francesa aquel principio es una regla mínima, implícita y fundamental de toda sociedad⁵⁶.

En Francia, el escenario donde se plantea el debate del control de la administración y de la ejecución de las obligaciones públicas, es en el marco de un proceso judicial y sobre todo después de dictada la sentencia judicial. Sin embargo, el hecho que un juez pueda imponer obligaciones de hacer a la administración pública ha sido un proceso muy debatido, porque en ciertos casos ello supone la instrucción de un nuevo proceso.

El artículo L.11 del Código de justicia administrativa prevé expresamente que "*les jugements sont exécutoires*", y ello debería bastar. Pero, de esa forma tiene relevancia la cosa juzgada cuya violación es asimilada a la violación de la ley. Una de las garantías que caracteriza el Estado de derecho francés es que los jueces deben poder no solamente "*dire le droit*", sino también imponer su "*mise en œuvre*".

50 Cfr. *R. v. Tower Hamlets London Borough Council*, ex p. Kayne-Levenson [1975] QB 431.

51 Cfr. *R. v. Tynemouth Rural District Council* [1896] 2 QB 219.

52 Cfr. *R. v. Leigh (Lord)* [1897] 1 QB 132.

53 Cfr. *R. v. Home Secretary*, ex p. Herbage (N° 2) [1987] QB 1077.

54 Cfr. *R. v. Liverpool CC* ex p. Secretary of State for Employment [1989] COD 404.

55 Court may order act to be done at expense of disobedient party. "*If an order of mandamus, a mandatory order, an injunction or a judgment or order for the specific performance of a contract is not complied with, then, without prejudice to any other power it may have including its powers to punish the disobedient party for contempt, the Court may direct that the act required to be done may, so far as practicable, be done by the party by whom the order or judgment was obtained or some other person appointed by the Court, at the cost of the disobedient party, and upon the act being done the expenses incurred may be ascertained in such manner as the Court may direct and execution may issue against the disobedient party for the amount so ascertained and for costs*". Cfr. Rules of the Supreme Court (1978) "*Enforcement of Judgments and Orders general*", 1978, ord. 45. r.8.

56 Cfr. Circulaire du Premier Ministre du 29 février 2008, relative à l'application des lois. JORF n° 0057 du 7 mars 2008, page 4233.

El juez administrativo ha rechazado desde hace mucho tiempo la posibilidad de ordenar a la administración pública un determinado comportamiento para permitir la ejecución correcta de una decisión judicial; esto quiere decir, que el juez no podía imponer una *injonction*⁵⁷ y una multa a la administración pública y esto también frente a los particulares. La jurisprudencia se sustentaba en la idea que las *injonctions* a la administración constituían una injerencia en el funcionamiento de los servicios públicos, por lo cual ellas no eran procedentes. La *injonction* estaba prohibida por el principio de la separación de poderes y frente a los particulares las *injonctions* eran inútiles, puesto que la administración contaba con otros poderes para cumplir sus fines. Históricamente esta afirmación fue contradicha y el Consejo de Estado aceptó imponer a los particulares *injonctions* y "*astreintes*"⁵⁸. Sin embargo, este no fue el principio que se aplicó respecto de las autoridades administrativas, frente a las cuales no procedía ninguna de las dos medidas.

A pesar que no hubo una evolución jurisprudencial sobre este tema y dada la creciente presión de la opinión pública, el legislador francés ha introducido en el marco del contencioso administrativo dos procedimientos obligatorios que son la "*astreinte*" consagrada en la Ley de julio 16 de 1980 y la "*injonction*" dispuesta por la Ley de febrero 8 de 1995.

El juez de la *injonction* no es un simple prolongamiento del juez del "*excès de pouvoir*". El juez de la *injonction* tiene un oficio propio que le impone según los hechos del proceso, dictar prescripciones específicas en caso de la anulación de una decisión administrativa por "*exceso de poder*". En este escenario, él impone a la administración una serie de medidas en un sentido determinado.

Algunas veces, la naturaleza misma de la administración es la base de las dificultades que resultan de la ejecución de las decisiones judiciales que la condenan. Esto es así, por ejemplo, según el objeto del proceso contencioso (como cuando se discute la legalidad de un acto administrativo), o por el hecho que los bienes de la administración pública no pueden ser tratados de la misma forma que los bienes de una persona física⁵⁹. Es cierto que cada sistema jurídico afronta sus dificultades a partir de sus propios principios, pero esta situación es menos problemática en el derecho inglés, porque el delito de *contempt of court* permite castigar a los responsables de la inejecución de las sentencias judiciales.

El Consejo de Estado francés se contentó por mucho tiempo de dejar a las autoridades administrativas la función de ejecución de las decisiones judiciales, bajo la amenaza de una posible responsabilidad por falta de las mismas.

57 Cfr. CE, 28 février 1996, Fauqueux, Lebon, p. 52. R.F.D.A. 1997, p. 627 y CE, 16 novembre 1998, Ferly, Lebon, p. 417.

58 Cfr. CE, Sect., 17 mai 1985, Dame Meneret, GAJA n° 98, p. 678.

59 Cfr. J. COSTA. «L'exécution des décisions de justice». AJ.D.A., n.° spécial, 20 juin 1995, p. 227 et suiv.

Pero el juez había estado desprovisto de los medios jurídicos para garantizar la efectividad de esta tarea. La situación cambió y la legislación ha evolucionado dotando al juez de los medios jurídicos necesarios para la realización de sus funciones. Ellos se pueden sintetizar en cuatro puntos: (i) el poder para dictar *injonctions*, (ii) las *astreintes*, (iii) la facultad del juez para reformar o substituir las decisiones, y (iv) la ejecución de oficio de las condenas pecuniarias.

La ley francesa de julio 16 de 1980 ha introducido la posibilidad que tiene el juez para pronunciar las *astreintes*, pero la reforma de 1995 permite al juez administrativo prescribir las medidas de ejecución de la sentencia, cuando ellas resultan necesariamente de ésta.

Hoy el juez administrativo puede prescribir las medidas de ejecución o, según el caso, otorgar un plazo a la administración para tomar las medidas si una nueva instrucción es necesaria. El juez puede acompañar la ejecución de la decisión con una *astreinte* en beneficio del demandante independientemente de los daños y perjuicios que la carencia de la administración le haya causado. El juez puede, si lo considera oportuno, señalar además una suma de dinero en compensación de estos últimos⁶⁰.

Los procedimientos de ejecución de las decisiones judiciales son procedimientos que vinculan a las partes en contienda, pero tienen una fase de instrucción no litigiosa cuyo objetivo es obtener la ejecución de la decisión judicial haciendo a un lado las dificultades administrativas específicas que impiden este objeto. Además, es posible que las partes o el juez, intervengan en las diferentes etapas del procedimiento.

De esta forma, las partes pueden solicitar al juez en el transcurso de la instrucción del proceso, que éste pronuncie una *injonction*⁶¹ e incluso, que ella esté acompañada de una *astreinte*⁶². Más allá de las disposiciones legales, el juez puede si lo considera necesario, de oficio incluir en su decisión de forma detallada las obligaciones para cada una de las partes que nacen como consecuencia de la anulación pronunciada⁶³. En estos casos, no se trata de simples indicaciones o invitaciones, por el contrario, lo dispuesto por el juez reviste una fuerza coercitiva mayor.

Estos procedimientos conciernen un número ínfimo de decisiones emanadas de las jurisdicciones administrativas francesas. En términos de estadística,

60 Cfr. arts. L.911-1 a L.911-8 del CJA.

61 La *injonction* se utiliza para asegurar la ejecución de la cosa juzgada. Esto excluye las *injonctions* a título principal. Varias sentencias del Consejo de Estado francés destacan este principio, así por ejemplo: "Fuera de la hipótesis donde las medidas solicitadas constituyen medidas de ejecución de una decisión proferida por el juez, no es posible para éste ordenar *injonctions* a la administración". Cfr. CE, 21 juin 1995, *Mlle Boeuf*, req. n° 106701 y CE, 6 septembre 1995, *Desroches*, req. n° 145906.

62 La *astreinte* es una multa coercitiva. Cfr. art. L.911-1 y L.911-2 del CJA.

63 Cfr. CE, Ass. 29 juin 2001, *Vassilikiotis*, p. 303.

en 2008 por ejemplo, de los 11.840 procesos tramitados por el Consejo de Estado Francés⁶⁴ únicamente 119 negocios fueron radicados con miras a la ejecución de la sentencia judicial⁶⁵.

Hemos visto que la reforma es consecuencia de una serie de preocupaciones políticas y jurídicas esenciales, estudiaremos ahora las repercusiones de la reforma respecto de la acción de cumplimiento, cuyos efectos se anuncian bastante prometedores.

B. UNA REFORMA "COHERENTE", PERO AMBICIOSA EN SUS EFECTOS

La unificación de la acción ante el juez contencioso administrativo era una necesidad que reclamaba el justiciable colombiano (1.). No obstante, su puesta en práctica requerirá una labor de pedagogía por parte de aquel quien determinará la extensión de los efectos de un proceso a casos similares (2.).

1. ¿Desaparición aparente de la acción de cumplimiento y nacimiento de la "pretensión de cumplimiento administrativa"?

La reforma al código parece hacer una relectura de la acción de cumplimiento, pues se centra en aspectos de derecho procesal general como lo relacionado con la acción y la pretensión en un proceso judicial⁶⁶ (§1.). Esa relectura de la acción de cumplimiento no es incompatible con las otras acciones sino complementaria (§2.).

64 Cfr. Conseil d'État. Rapport public 2009. Volume 1: activité juridictionnelle et consultative des juridictions administratives. La documentation française, Paris, juin 2009, p. 21 et suiv.

65 Respecto de la estadística de todas las jurisdicciones administrativas francesas, se puede leer: «*Les statistiques agrégées pour 2008 font apparaître une légère croissance du nombre des saisines de l'ensemble des juridictions en vue de l'exécution de leurs décisions par rapport à l'année précédente: 1917 affaires enregistrées en 2008, contre 1 867 en 2007*», *ibidem*, p. 201.

66 Definiremos la acción como la facultad que tiene toda persona de acudir a los órganos jurisdiccionales del Estado para satisfacer una determinada pretensión. La acción es el derecho público materializado en la posibilidad jurídica reconocida por los estatutos fundamentales de los diferentes países para acudir a los correspondientes organismos jurisdiccionales a afirmar y debatir una determinada pretensión. Por su parte, el término pretensión es la expresión específica de un derecho, una afirmación subjetiva en el sentido que se tiene un derecho que se busca hacer valer ante el organismo jurisdiccional. Para efectos de nuestro estudio, la acción se define como la facultad o poder que tiene un sujeto para exigir, o para hacer cumplir lo debido o dejado de hacer por parte del Estado. Es una potestad que tiene el ciudadano para pedir de las autoridades públicas una conducta activa cuyo sustento se encuentra en el propio ordenamiento jurídico.

§1. La pretensión de cumplimiento administrativa y su articulación con la acción de cumplimiento constitucional

La Ley 393 de julio 29 de 1997 desarrolló el artículo 87 de la Constitución Política de 1991. Esta ley regula la acción *genérica* de cumplimiento, ella contiene los principios, requisitos y el procedimiento para su ejercicio. La acción que rige en la actualidad se estableció con la intención de ser un mecanismo para la protección y aplicación de los derechos. Como lo establece el artículo 1° de la ley, su objeto es hacer efectivo el cumplimiento de normas aplicables con fuerza material de ley o actos administrativos que permanecen sin ejecución por parte de las autoridades públicas y por parte de los particulares que ejercen funciones públicas⁶⁷.

Esta ley regula, por una parte, una acción de cumplimiento de carácter general o *acción pública de cumplimiento*, cuyo beneficio es general, impersonal y abstracto⁶⁸. Ella puede ser presentada por cualquier persona –natural o jurídica– ante una autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley⁶⁹ o de un acto administrativo creador de situaciones jurídicas generales y respecto de las cuales la administración pública ha sido renuente a regularizar. Por otra parte, el mismo artículo 87 y la ley que lo desarrolló, esto es la Ley 393 de 1997, regulan la *acción de cumplimiento individual* o de acto administrativo individual, para solicitar la ejecución de una obligación particular y concreta a favor de un individuo. La acción está motivada por el interés particular del justiciable para obtener un beneficio exclusivo para sí. La finalidad principal es la protección de los derechos subjetivos de una persona por lo que la única persona legitimada para intentarla es el interesado en que cese el desconocimiento de sus derechos.

Cuando se trata de una *acción pública de cumplimiento*, se ataca la inejecución de una norma con fuerza material de ley o un acto administrativo de carácter general. Esta acción cuestiona las falencias de la función legislativa y administrativa del Estado cuando las autoridades se niegan o se abstienen de dar observancia a las normas legales y administrativas. La acción procede en el

67 Dispone el artículo 89 de la reforma que salvo disposición legal en contrario, los actos administrativos en firme serán suficientes para que las autoridades, por sí mismas, puedan ejecutarlos de inmediato y su ejecución material procederá sin mediación de otra autoridad. Para ello podrá requerirse si fuere necesario, el apoyo de la Policía Nacional.

68 "De conformidad con el artículo 87 de la Carta Política, la acción de cumplimiento constituye un mecanismo constitucional de protección y aplicación de los derechos, que se caracteriza por permitir que se exija judicialmente a las autoridades públicas la realización o el cumplimiento de un deber omitido que se encuentre claramente previsto en la ley o un acto administrativo". Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, octubre 11 de 2001. C.P.: CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE, rad. 41000-23-31-000-2001-0490-01(ACU), actor: Orlando Perdomo Tovar.

69 Cfr. HUMBERTO SIERRA PORTO. *Concepto y tipos de ley en la Constitución colombiana*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, 426 pp.

caso de disposiciones sustanciales o procedimientos de aplicación judicial. Ella no gestiona declaraciones de nulidad, ni de nulidad y restablecimiento del derecho y tampoco puede ser intentada para obtener una indemnización, porque esto no hace parte de sus finalidades primigenias.

Si la acción es procedente y una vez finalizada la etapa de instrucción de la misma, la decisión del juez administrativo obligará a la autoridad a cumplir el deber omitido y, si es del caso, a informar a los superiores o a las autoridades competentes los hechos que motivaron la omisión, para que ellos inicien la acción correspondiente.

Respecto de la acción de *cumplimiento individual*, existe un principio general de derecho que dice que *donde hay interés hay acción*, por lo que una persona puede exigir la materialización de un derecho consagrado en una norma jurídica, o en un acto administrativo de carácter particular⁷⁰. Esta acción también lucha contra las conductas omisivas en un Estado Social de Derecho y que son imputables a las autoridades públicas, o a los mismos particulares que ejercen funciones públicas. Las reglas de procedimiento y trámite de esta acción, son semejantes a lo expuesto en relación con la acción pública de cumplimiento; evidentemente, el titular y los efectos de la sentencia no son equiparables entre las dos acciones.

Ahora bien, la reforma de forma lógica no cambió el nombre de "acción de cumplimiento" puesto que su denominación viene dada por la Constitución Política de 1991 y para ello se tendría que modificar primero el artículo constitucional. Sin embargo, el cambio más notable que incluye la reforma en materia de acción de cumplimiento consiste en precisar que en adelante, la acción administrativa es única pero con pluralidad de pretensiones sin importar el origen de la litis. Es decir, que el ciudadano haciendo uso de sus derechos puede ejercitar una acción cuya pretensión sea de cumplimiento, esto es, que esté dirigida a la ejecución efectiva de normas con fuerza material de ley o de actos administrativos. En efecto, el artículo 146 de la reforma⁷¹ que se encuentra incorporado en el Título III denominado Medios de Control y que está ubicado en la segunda parte del nuevo Código, dispone que toda persona, previa la Constitución de la renuencia de la entidad, podrá acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para hacer efectivo el

70 "De lo anterior se deduce que cualquier persona [...] puede reclamar que se haga efectivo el cumplimiento de una norma de carácter general, pero cuando lo que se pretende hacer efectivo es el cumplimiento de una ley en sentido formal, o un acto administrativo de carácter particular ante la Administración, se hace necesario que sea el titular del derecho lesionado". Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, febrero 5 de 1999. C.P.: JULIO ENRIQUE CORREA RESTREPO, rad. ACU-560, actor: Gladys Guerrero Guerrero.

71 Cfr. Título III. Medios de Control. "Artículo 146. Cumplimiento de normas con fuerza material de ley o de actos administrativos. Toda persona podrá acudir ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, previa constitución de renuencia, para hacer efectivo el cumplimiento de cualesquiera normas aplicables con fuerza material de ley o actos administrativos".

cumplimiento de cualquier norma con fuerza material de ley o de un acto administrativo⁷².

El artículo 8° de la Ley 393 de 1997 es incorporado por la reforma en el artículo 161 numeral 3° que trata sobre los requisitos previos para poder demandar. Así las cosas, la presentación de esta acción requiere específicamente prueba de la constitución en renuencia de la entidad demandada a la ejecución de la norma con fuerza material de ley o el acto administrativo⁷³. Aunque el solicitante también puede anexar una respuesta negativa de la entidad.

Interesante disposición es la consagrada en el literal e) del artículo 164 de la reforma⁷⁴, que señala que para poder acudir ante la administración de justicia se necesita además de la renuencia, que el acto administrativo no haya perdido su fuerza ejecutoria, circunstancia que es lógica, pues de ser así, una solicitud en tal sentido carece de todo objeto. Esta disposición es coherente, pues hace eco a lo preceptuado por el numeral 3° del artículo 6° de la reforma, cuando se señala incluso que las personas en las actuaciones ante las autoridades deben abstenerse de reiterar solicitudes evidentemente improcedentes⁷⁵.

Nótese que el artículo 164 de la reforma se denomina "*oportunidad para presentar la demanda*", quiere ello decir que la acción de cumplimiento constitucional y ahora *administrativa* parecería ser considerada una verdadera contención entre dos partes, cuando aquella por naturaleza es una solicitud de cumplimiento y no un puro contencioso. Los términos de la Ley 393 de 1997 son claros en ese sentido, pues no se habla de partes, sino de solicitante.

Por último, el numeral 1° del mismo artículo 164 afirma que la demanda de cumplimiento podrá presentarse en cualquier tiempo, esto es evidente puesto

72 En el proyecto de reforma este artículo era el 147. Cfr. Imprenta Nacional de Colombia. "Texto definitivo aprobado en sesión Plenaria del Senado de la República 198 de 2009 Senado, por el cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo". *Gaceta del Congreso*, núm. 440 de julio 22 de 2010, artículo 147.

73 Cfr. "Artículo 161. Requisitos previos para demandar. La presentación de la demanda se someterá al cumplimiento de requisitos previos en los siguientes casos:
(...)

3. Cuando se pretenda el cumplimiento de una norma con fuerza material de ley o de un acto administrativo, se requiere la constitución en renuencia de la demandada en los términos del artículo 8 de la Ley 393 de 1997".

74 "Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada:

1. En cualquier tiempo, cuando:

e) Se solicite el cumplimiento de una norma con fuerza material de ley o de un acto administrativo, siempre que este último no haya perdido fuerza ejecutoria".

75 Si vamos un poco más allá en nuestro análisis, se podría decir que el acto no es susceptible de control judicial. Precisamente la reforma incluye una causal de rechazo de la demanda en tal sentido. Sin embargo, el artículo 12 de la Ley 393 de 1997 sobre la acción de cumplimiento es norma especial y se aplica. Cfr. "Artículo 169. Rechazo de la demanda. Se rechazará la demanda y se ordenará la devolución de los anexos en los siguientes casos:
(...)

3. Cuando el asunto no sea susceptible de control judicial".

que la acción de cumplimiento como acción pública no está sujeta a caducidad y ello es reiterado en el inciso 1º del artículo 7º de la Ley 393 de 1997. Lo que quiere decir que la reforma continúa con la compilación de textos.

§2. La articulación de la acción de cumplimiento con las demás acciones

El artículo 104 de la reforma dispone que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer de los asuntos dispuestos en la Constitución Política y en las leyes especiales, y de las controversias originadas en actos administrativos en los que estén involucradas las entidades públicas o particulares que ejerzan funciones administrativas⁷⁶. Ello quiere decir, que se reitera que la acción de cumplimiento sigue siendo una acción constitucional cuyo conocimiento corresponde al juez administrativo.

Por otro lado, la reforma insiste en que la acción administrativa es única teniendo ella pluralidad de pretensiones. De esa forma, sin importar el origen de la controversia, las pretensiones de la acción administrativa podrán ser de legalidad, de restablecimiento del derecho, reparatorias, electorales, relativas a los intereses colectivos y difusos, y, evidentemente de cumplimiento⁷⁷.

Como lo hemos anotado en precedencia, la reforma es coherente puesto que el ejercicio de la acción es único, pero existen diversas pretensiones, en nuestro caso sería una pretensión de cumplimiento de norma con fuerza material de ley o de un acto administrativo. Es decir, que siendo la acción administrativa una sola podría cobijar teóricamente diversas pretensiones, sin que existan incompatibilidades entre ellas. La reforma pretende hacer una regulación armónica en tal sentido y simplifica los procedimientos judiciales.

A este propósito, en la exposición de motivos de la reforma se considera que el fundamento de la acción administrativa con sus diversas pretensiones, es el acceso a la administración de justicia y la reforma se propone la unificación del trámite procesal de cualquiera de aquellas. Sin embargo, vemos muy difícil que el juez de cumplimiento cambie el trámite expedito y sobre todo especial que tiene la acción de cumplimiento regulada por el artículo 87 de la Constitución Política y por la Ley 393 de 1997.

76 "Artículo 104. Objeto de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas o particulares cuando ejerzan función administrativa".

77 Cfr. Imprenta Nacional de Colombia. "Texto definitivo aprobado en sesión Plenaria del Senado de la República 198 de 2009 Senado, por el cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo". *Gaceta del Congreso*, núm. 440 de julio 22 de 2010, artículo 137.

Finalmente, la acción de cumplimiento refuerza el principio general del derecho según el cual, la nueva ley rige y se aplica hacia el futuro y ella complementará las otras pretensiones administrativas tendientes a la defensa de los intereses individuales, cuando éstos fueren vulnerados.

2. Los poderes del juez de cumplimiento y el establecimiento de un "precedente judicial"

El establecimiento de un rol más activo por parte del juez buscando proteger los derechos ciudadanos es preocupación de la reforma (§1.). El movimiento jurisprudencial basado en aquel rol del juez parece tomar una fuerza inusitada llevando nuestro derecho hasta las fronteras de la Common Law (§2.).

§1. El juez de cumplimiento: un juez protector de los derechos ciudadanos

Analizado el texto de la reforma se puede concluir que para facilitar la realización y el cumplimiento de los derechos, el juez podrá tener un rol más activo en la fase jurisdiccional. De esa forma, el juez podrá extender el *petitum* de la demanda con el fin de declarar la nulidad de los actos relacionados con el que el peticionario acusa⁷⁸, evitando así sentencias inhibitorias. El juez podrá también analizar lo que le solicita el ciudadano en la demanda y deducir de ello el tipo de pretensión que se impetra⁷⁹. Aunque ello ocasionará sin duda múltiples interpretaciones y problemáticas complejas.

Esto es importante, pues guarda relación con una práctica judicial que ha venido teniendo el juez de cumplimiento, denominada comúnmente como la "transmutación" de la acción de cumplimiento en acción de tutela. En la reforma se pretende que el juez adecúe el trámite, pero esto no es nuevo en relación con la acción de cumplimiento.

En efecto, la Ley 393 de 1997 en su artículo 9º señala que la acción de cumplimiento es improcedente cuando se trata de la protección de derechos fundamentales. El juez administrativo que advierta que la acción de cumplimiento propuesta tiene como propósito proteger un derecho fundamental, debe darle a la respectiva solicitud el trámite prevalente de acción de tutela⁸⁰.

78 Cfr. "Artículo 163. Individualización de las pretensiones. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, éste se debe individualizar con toda precisión. Si el acto fue objeto de recursos ante la administración se entenderán demandados los actos que los resolvieron (...)"

79 "Artículo 171. Admisión de la demanda. El juez admitirá la demanda que reúna los requisitos legales, y le dará el trámite que le corresponda aunque el demandante haya indicado una vía procesal inadecuada, mediante auto en el que dispondrá (...)"

80 "La "invasión" de la acción de tutela en el ámbito del Derecho Administrativo ha generado una explicable

Con todo, a pesar que la acción de cumplimiento no sea el procedimiento idóneo para proteger derechos fundamentales, el juez administrativo puede *transmutar*⁸¹ la acción de cumplimiento en acción de tutela cuando la discusión se centra sobre aquellos. Esto es, cambiar la naturaleza y el trámite de la acción respecto a lo señalado por el solicitante⁸² de conformidad con el ordenamiento jurídico. Aunque la ley no dispone en forma alguna, sobre los requisitos para la trasmutación de la acción, éstos se pueden extraer haciendo una lectura atenta de la jurisprudencia. Así, como requisitos para que sea válida la *transmutación* se exige que el asunto se inicie o se esté adelantando en primera instancia o que en cualquier caso, no se haya dictado sentencia definitiva en segunda instancia. Esta prescripción está dirigida a garantizar el principio constitucional de la doble instancia. También se exige que deba existir certeza que se amenaza o se viola un derecho fundamental⁸³.

El juez administrativo colombiano ha señalado que se deben analizar primero las pretensiones de cumplimiento y si éstas no son de recibo, para garantizar los derechos de los demandantes, se debe enseguida proceder al estudio de los derechos fundamentales que se puedan afectar con la decisión de la autoridad administrativa⁸⁴. En este proceso el juez de cumplimiento fue explícito en la

reacción defensiva por parte de los guardianes de esta disciplina. Sin embargo, debe invitar también a una sana reflexión sobre las necesidades de modernización de la justicia contencioso administrativa, sobre el papel democrático que está llamada a cumplir como instrumento de control ciudadano en el Estado Social de derecho, y sobre el necesario desarrollo de la jurisdicción para colocarla al alcance de los ciudadanos en todo el territorio nacional". Cfr. AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA. *Incidencia de la acción de tutela en la justicia contencioso administrativa colombiana*. Revista Derecho del Estado, núm. 7, diciembre de 1999, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, p. 170.

- 81 "El artículo 86 de la Constitución Política de 1991, establece la posibilidad del ejercicio de la acción de tutela". "Cuando lo que se busca es la protección directa de derechos constitucionales fundamentales que pueden verse vulnerados o amenazados por la omisión de la autoridad, se está en el ámbito de la acción de tutela. Cuando lo que se busca es la garantía de derechos de orden legal o lo que se pide es que la administración dé aplicación a un mandato de orden legal o administrativo que sea específico y determinado, lo que cabe en principio, es la acción de cumplimiento". "La Ley 393 de 1997 [...] contempló la transmutación de la acción de cumplimiento en acción de tutela, es decir, la posibilidad que tiene el funcionario judicial que está conociendo de una acción de cumplimiento para que adecúe el trámite de este mecanismo al de una acción de tutela, cuando evidencie la violación o amenaza de derechos fundamentales". Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub-sección "A", enero 15 de 2008. C.P.: GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN, rad. 73001-23-31-000-2007-00596-01(AC), actor: Carlos Fernando Idárraga Amado.
- 82 Cfr. Consejo de Estado, Sala Plena, agosto 19 de 2008. C.P.: GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN, rad. C-00835, actor: Procuraduría II Judicial para asuntos civiles.
- 83 Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", abril 8 de 1999. C.P.: CARLOS ARTURO ORJUELA GÓNGORA, rad. ACU-669, actor: Carlos Cortés Romero.
- 84 "Presentada una solicitud de cumplimiento de una norma legal o de un acto administrativo, en caso de que ésta resulte improcedente, se debe resolver sobre la violación de los derechos fundamentales que explícita o implícitamente se hubiesen planteado, y, además, que los trámites establecidos para las acciones de cumplimiento y de tutela, en lo esencial, no difieren y en ambas se encuentra prevista la intervención de la entidad contra la

aplicación del principio. Dos personas habían pedido la reliquidación de su pensión de jubilación mediante la acción de cumplimiento lo cual no era procedente. No obstante lo anterior, el juez de cumplimiento afirmó que como se trataba de la violación del derecho fundamental de petición, ordenó seguir el procedimiento de la acción de tutela para ordenar a la administración que se pronunciara sobre la solicitud que había permanecido sin respuesta.

El juez administrativo había reconocido tímidamente este principio en una decisión donde se controvertía sobre la inadecuada prestación del servicio público de salud. En el proceso se había probado la violación de otros derechos fundamentales como el derecho a la vida, a la integridad física y a la asistencia de las personas de la tercera edad. El juez ordenó la protección de los derechos fundamentales a pesar que la acción solicitada en principio era una acción de cumplimiento⁸⁵.

En otro proceso, el juez administrativo en segunda instancia ordenó la nulidad de toda la actuación procesal desde el auto que había admitido la solicitud de cumplimiento⁸⁶, porque la acción que debía haberse tramitado era la acción de tutela en aplicación del artículo 9º de la Ley 393 de 1997. El juez de cumplimiento utilizó el numeral 4º del artículo 140 del CPC para sustentar su decisión de anulación⁸⁷. En este proceso contencioso y en la

cual se dirige la acción con el fin de garantizarle a la entidad el derecho a la defensa. [...] De esta manera, la Sala decidirá la demanda como si se hubiera ejercido la acción de tutela". Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, marzo 15 de 2001. C.P.: DARÍO QUINONES PINILLA, rad. 05001-23-31-000-2000-4673-01 (ACU), actor: Gabriela Quiceno Rodríguez y Otra.

85 Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", julio 8 de 1999. C.P.: CARLOS ARTURO ORJUELA GÓNGORA, rad. ACU-789, actor: Sintragobernaciones Seccional Valle del Cauca.

86 *"El juez quien oficiosamente puede adoptar la decisión de cambiar el trámite de la acción cuando por la forma y términos en que fue presentada la solicitud de cumplimiento advierte que lo realmente perseguido por el actor es la protección de derechos fundamentales [...] En este caso, el juez de primera instancia no advirtió en el análisis de las circunstancias narradas por el actor en la demanda que verdaderamente lo que buscaba es el ejercicio del derecho fundamental a la educación y, por lo tanto, su protección debe hacerse efectiva por la vía respectiva, esto es, la de la tutela, tramitada equivocadamente como acción de cumplimiento y, por consiguiente, se declarará la nulidad de todo lo actuado en el proceso a partir del auto admisorio de la demanda y se ordenará al a quo impartir a la demanda el trámite previsto para la acción de esa naturaleza". Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, agosto 19 de 2004. C.P.: MARÍA NOHEMÍ HERNÁNDEZ PINZÓN, rad. 19001-23-31-000-2004-0694-01 (ACU), actor: Edgar Amado Flórez.*

87 *"el asunto [...] debió tramitarse como una acción de tutela, de conformidad con lo dispuesto en el inciso primero del artículo 9º de la Ley 393 de 1997, razón por la cual se presenta la causal de nulidad prevista en el numeral cuarto del artículo 140 del CPC, aplicable a esta clase de acción por la remisión contenida en el artículo 267 del CCA, al que, a su vez, remite el artículo 30 de la Ley 393 de 1997. Según la mencionada disposición del procedimiento civil, el proceso es nulo en todo o en parte cuando la demanda se tramite por un proceso diferente al que corresponde, lo cual va en concordancia con lo señalado por el citado inciso primero del artículo 9º de la Ley 393 de 1997, norma que establece la adecuación del trámite de la acción de cumplimiento*

gran mayoría de casos⁸⁸, como fruto de la anulación de la actuación judicial, el juez administrativo ha ordenado remitir el expediente al juez de primera instancia para que se adelante directamente la acción de tutela y no la acción de cumplimiento⁸⁹.

El juez administrativo también ha señalado que a pesar que en primera instancia se haya tramitado como acción de tutela lo que por naturaleza debió ser conocido como una acción de cumplimiento, el juez en ese caso, puede asumir el conocimiento del asunto en segunda instancia y fallar el proceso como si se tratara de una acción de cumplimiento. Esto se hace sin incurrir en la violación del debido proceso⁹⁰. Según este principio, la acción de tutela no es procedente para la protección de derechos que pueden ser garantizados mediante la acción de cumplimiento. Bajo esta premisa y aplicando un razonamiento a la inversa, el juez administrativo estará facultado para adoptar el trámite de la acción de cumplimiento⁹¹.

como acción de tutela cuando la solicitud se encuentre dirigida a la protección de derechos fundamentales", ibídem, p. 6.

88 Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, noviembre 13 de 2003. C.P.: DARÍO QUIÑONES PINILLA, rad. 20001-23-31-000-2003-0721-01 (ACU), actor: Liliana Galindo Acuña y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, octubre 9 de 2003. C.P.: REINALDO CHAVARRO BURITICÁ, rad. 27001-23-31-000-2003-0396-01 (ACU), actor: Jesús María Córdoba Camacho.

89 *"A la demanda [...] debió dársele el trámite de la acción de tutela y, entre otras razones, porque el demandante busca la protección de derechos fundamentales –debido proceso y derecho de defensa–, susceptibles de ser garantizados por medio de la acción de tutela, pero como así no se hizo, se incurrió en la causal de nulidad establecida en el numeral 4º del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil". [...] "Dar trámite a la demanda por proceso diferente al que corresponde constituye una causal de nulidad insaneable, el proceso es nulo desde el auto [...] admisorio de la demanda". [...] "En consecuencia, se dispondrá el envío del expediente al Tribunal Administrativo [...] a efecto de que se le imprima a la solicitud [...] el trámite de acción de tutela". Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, diciembre 11 de 2003. C.P.: FILEMÓN JIMÉNEZ OCHOA, rad. 20001-23-31-000-2003-0670-01 (ACU), actor: Tiberio Abril Quintero.*

90 *"Para la Sala el objeto de la acción fue expuesto con suma claridad en la petición inicial lo que, además, guarda total correspondencia con la breve historia de los hechos relatados a la administración y al tribunal. No fue afortunada la primera instancia cuando decidió modificar el curso de la petición, darle la denominación de acción de tutela y así decidirla en la providencia impugnada. Desfavorable al apelante y es la oportunidad de corregirlo, más que el impulso dado a la acción, ha resultado el sentido de la sentencia. El primer aspecto no reviste mayor importancia habida cuenta de que el procedimiento de las dos acciones, la de tutela y la de cumplimiento, son bastante similares y que el juez está autorizado para darle el trámite correspondiente a la solicitud (artículo 9 de la Ley 393/97). Desde este punto de vista formal, por tanto, es acertado considerar que el concepto del debido proceso no se ultraja con la decisión que tomará esta segunda instancia sobre la acción de cumplimiento demandada y no sobre la acción de tutela decidida. Como es procedente emitir un fallo de fondo sobre la acción de cumplimiento, así se hará a continuación y de manera favorable a las pretensiones del actor". Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, septiembre 4 de 2000. C.P.: ROBERTO MEDINA LÓPEZ, rad. ACU-1561, actor: Reinel Hermosa.*

91 *"El juez está facultado para adecuar el trámite correspondiente, en razón a la garantía de principios de jerarquía constitucional como son la prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimental". [...] "Este*

Por último, en algunos casos, el accionante se "mimetiza" expresamente solicitando mediante acción de cumplimiento que se protejan ciertos derechos fundamentales; en algunos de estos procesos el juez debe de forma oficiosa seguir el trámite de la acción de tutela⁹². Sin embargo, en la mayoría de esos eventos, el juez ha afirmado que la transmutación de la acción de cumplimiento en acción de tutela no es procedente porque en el fondo la pretensión consiste en la ejecución de una obligación de hacer por parte de la autoridad pública⁹³. De igual forma, las pretensiones de cumplimiento en este tipo de procesos tampoco han prosperado cuando falta el documento que prueba la renuencia de la autoridad a ejecutar la obligación a la cual se encuentra obligada⁹⁴.

§2. ¿Acercamiento real o ficticio al derecho de la Common Law⁹⁵?

La reforma pretende incrementar la fuerza vinculante del precedente judicial, sin alterar el sistema de fuentes, pero con el fin de obligar a los funcionarios a que integren en sus decisiones lo que ha sido reiterado por la jurisprudencia. Precisamente el artículo 10° de la reforma, afirma que las autoridades al resolver los asuntos sujetos a su competencia deben aplicar "*las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos*" y tratándose de una decisión lo deben hacer de conformidad con "*las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas*". Es decir, que las autoridades tendrán la obligación de aplicar no solamente todo tipo de normas preestablecidas a

principio, para el caso concreto, faculta al Juez, frente a una petición de amparo constitucional improcedente por acción de tutela, y ante la apreciación de una acción constitucional de igual naturaleza y alcance, ajustar el procedimiento al de dicha acción, a preferencia de rechazar la pretensión por improcedente". [...] "Dicha adecuación además, estaría garantizando al actor la efectividad de sus derechos y la aplicación de tres principios de imperativo cumplimiento para el operador judicial: i) principio de acceso a la administración de justicia contenido en el artículo 229 de la Constitución Nacional, ii) principio de la economía procesal, entendido como una garantía del debido proceso, iii) y finalmente se materializa el deber del juez de lograr que los derechos transiten por los canales constitucionales adecuados". Cfr. Consejo de Estado. C.P.: GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN, rad. 73001-23-31-000-2007-00596-01(AC), pp. 12 y 14.

92 Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, enero 28 de 1999. C.P.: ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ, rad. ACU-554, actor: Rosa Tulia Chocontá Zabaleta.

93 Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, febrero 12 de 1998. C.P.: JUAN ALBERTO POLO FIGUEROA, rad. ACU-149, actor: Argemiro Arteaga Martínez y Otro.

94 *Ibidem*, p. 8.

95 El lenguaje del juez de la *costumbre* es pragmático y refleja una actividad judicial que consiste en evaluar los juicios anteriores, en vista de extraer los principios que contribuyeron a decidir el proceso.

los casos similares, sino también, los precedentes jurisprudenciales reiterados y provenientes del Consejo de Estado⁹⁶.

No obstante lo anterior, la pregunta que se plantea tiene que ver con el hecho que a pesar que la reforma establece el recurso extraordinario de unificación jurisprudencial y su improcedencia con ocasión de la acción de cumplimiento, ¿sería ella posible por decisión del Consejo de Estado de conformidad con sus "nuevas" competencias, según los numerales 3° y 4° del artículo 111 de la reforma? ¿se podrían extender o no a casos similares, los precedentes judiciales en ese sentido, incluso en el requerimiento previo ante la administración (artículo 10° de la reforma)?

En primera medida, no existe recurso para unificar la jurisprudencia sobre acción de cumplimiento. Sin embargo, nada se opone a que la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en pleno, teniendo en cuenta la *importancia jurídica*, la *trascendencia económica o social* y para unificar un tema específico, pueda solicitar a los Tribunales administrativos el envío de determinados asuntos tramitados en segunda instancia y que estén pendientes de fallo, para repartirlos entre las Secciones o Subsecciones del mismo Consejo de Estado con el fin que estas últimas tomen una decisión⁹⁷.

Los criterios son la importancia jurídica, la trascendencia económica o social y para unificar o sentar jurisprudencia. Nótese que de la redacción de la norma, estos criterios no son excluyentes entre sí y lamentablemente la reforma no los define⁹⁸. Será entonces, el juez quien señale lo que se debe entender en cada caso.

96 Cfr. "Artículo 10°. Deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia. Al resolver los asuntos de su competencia las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con éste propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y se apliquen dichas normas".

97 Cfr. "Artículo 111. Funciones de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. La Sala de lo Contencioso Administrativo en pleno tendrá las siguientes funciones:

(...)

3. Dictar sentencia, cuando asuma la competencia, en los asuntos que le remitan las secciones por su importancia jurídica o trascendencia económica o social, o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia. Esta competencia será asumida a petición de parte o a solicitud del Ministerio Público o de oficio cuando así lo decida la sala plena.

4. Requerir a los Tribunales el envío de determinados asuntos que estén conociendo en segunda instancia, que se encuentren para fallo, y que, por su importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de unificar jurisprudencia, deban ser resueltos por el Consejo de Estado a través de sus Secciones o Subsecciones".

98 Sin embargo, la reforma incluye el artículo 270 que define las sentencias de unificación jurisprudencial apoyándose en los tres criterios mencionados. La redacción no es muy afortunada y sobre todo tautológica. Cfr. Ley 1437 de enero 18 de 2011 e Imprenta Nacional de Colombia. "Texto definitivo aprobado en sesión Plenaria del Senado de la República 198 de 2009 Senado, por el cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo". *Gaceta del Congreso*, núm. 440 de julio 22 de 2010, artículo 272.

Ahora bien, cualquier pretensión incluso la de cumplimiento podría encajar en alguno de esos criterios, en ese evento, la Sala de lo Contencioso Administrativo en pleno podría solicitar por ejemplo, a cualquiera de las Secciones del Tribunal Administrativo de Cundinamarca el envío de las acciones de cumplimiento pendientes para fallo y luego distribuirlas en cualquiera de sus secciones para ser posteriormente resueltas por ésta.

Por otra parte, la Ley 1395 de julio 12 de 2010, había señalado que cuando existen precedentes jurisprudenciales de conformidad con el artículo 230 de la Constitución Política, el artículo 10 de la Ley 153 de 1887 y el artículo 4° de la Ley 169 de 1896, los jueces administrativos, tribunales administrativos y el Consejo de Estado, entre otros, pueden decidir otros casos similares que estén pendientes de fallo sin tener que respetar el turno de entrada⁹⁹.

Un punto final de este apartado, es que respecto de la decisión que tome el juez, sea ésta, accediendo o no a las pretensiones de la demanda, ella debe ser motivada y la reforma impone en el inciso 3° del artículo 103, la obligación de explicar expresa y suficientemente todo cambio de jurisprudencia sobre el contenido y alcance de una norma¹⁰⁰. No sobra decir que esta disposición es aplicable en lo tocante con la acción de cumplimiento.

Para concluir estas líneas, se saluda con fe y con confianza el esfuerzo reformista que nos llevará a tener un "Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo" del presente siglo. Que actualizará nuestros procedimientos, sean estos frente a la Administración y en sede jurisdiccional. Pero, serán los jueces y las autoridades quienes aplicarán los parámetros legales que están por ahora en gestación, quienes acercarán o distanciarán al administrado de sus derechos, en un cuadrilátero donde este último debe ir de una punta a la otra para obtener justicia.

99 Cfr. "Artículo 115. Facúltese a los jueces, tribunales, altas cortes del Estado, Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura para que cuando existan precedentes jurisprudenciales, conforme al artículo 230 de la Constitución Política, el artículo 10° de la Ley 153 de 1887 y el artículo 4° de la Ley 169 de 1896, puedan fallar o decidir casos similares que estén al Despacho para fallo sin tener que respetar el turno de entrada o de ingreso de los citados procesos, conforme a lo señalado en el artículo 18 de la Ley 446 de 1998".

100 Cfr. "Artículo 103. Objeto y principios.

(...)

En virtud del principio de igualdad, todo cambio de la jurisprudencia sobre el alcance y contenido de la norma, debe ser expresa y suficientemente explicado y motivado en la providencia que lo contenga".