

La acción de cumplimiento: ¿un instrumento jurídico al servicio del Estado social de derecho en Colombia?

INTRODUCCIÓN

La consagración de la acción de cumplimiento en el artículo 87 de la Constitución de 1991 despertó en nuestro medio jurídico actitudes, expectativas y sentimientos encontrados: algunos manifestaron sus reticencias y temores frente a la puesta en marcha de un mecanismo judicial que, a su juicio, amenazaba con desquiciar el funcionamiento mismo del Estado; otros vieron en aquélla un instrumento de tinte revolucionario, de alcance mucho más extendido que la acción de tutela y, en últimas, un medio para materializar los fines del Estado social de derecho. Estas dos posiciones psicológicas antitéticas explican, en gran parte, los múltiples avatares que ha conocido la acción de cumplimiento en Colombia.

Así las cosas, nuestro objetivo es realizar un aporte al debate que se presenta en la actualidad en el país acerca de la naturaleza jurídica de la acción de cumplimiento. Para tal propósito buscaremos confirmar la validez de la siguiente hipótesis de trabajo: la acción de cumplimiento, desde un punto de vista teórico, es un valioso instrumento jurídico al servicio de ciertos fines y valores fundamentales del modelo de Estado social de derecho. A pesar de ello, el tratamiento

legislativo y jurisprudencial que ha conocido el artículo 87 de la Constitución han conspirado, de manera importante, contra la eficacia práctica de la acción de cumplimiento en nuestro medio.

En este orden de ideas abordaremos, en primer lugar, el tema del avance que presenta la acción de cumplimiento para la eficacia de nuestro sistema jurídico e institucional (I). Enseguida examinaremos, en detalle, algunos obstáculos que ha conocido *la mise en oeuvre* de este mecanismo judicial en Colombia (II).

I. UN MECANISMO JUDICIAL INNOVADOR Y PROGRESISTA

La acción de cumplimiento se nos presenta, con frecuencia, como una de las instituciones más originales y representativas que consagró la Constitución de 1991. A fin de confirmar la validez de esta aseveración, es preciso aportar algunos elementos de respuesta a dos interrogantes de carácter general: ¿existen realmente antecedentes en el derecho comparado del mecanismo judicial conocido como acción de cumplimiento? En caso afirmativo, ¿en qué medida estas instituciones foráneas pueden ayudarnos a desentrañar la naturaleza

jurídica de esta institución procesal colombiana?

Conviene así mismo señalar que un análisis detenido de la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional pone de relieve que, por su propia configuración procesal y objeto, la acción de cumplimiento se caracteriza por ser un mecanismo judicial innovador y de corte progresista en nuestro sistema jurídico.

A. LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO EN EL DERECHO COMPARADO

1. Aportes del derecho medieval inglés

La acción de cumplimiento encuentra su origen más remoto en el derecho inglés medieval, y más concretamente en la institución procesal del *writ of mandamus*.

En efecto, dentro de los múltiples e importantes aportes realizados por el derecho inglés a la ciencia del derecho, encontramos un conjunto de remedios procesales (*writs*), cuyo origen se remonta al siglo XIII¹, y que son calificados como extraordinarios en el sentido de que constituyeron una garantía especial apartada de la ordinaria ofrecida por los *common law remedies* (acciones ordinarias). Las más importantes *prerogative orders* fueron: el *habeas corpus*, la *injunction*, el *certiorari*, el *quo warranto*, el *mandamus* y la prohibición².

El profesor Lawson³, en su obra *Remedies of English Law*, nos comenta que inicialmente estas órdenes se orientaron hacia la protección de derechos e intereses jurídicos de diversa categoría, y no sólo contra actos y resoluciones de autoridades públicas. Con el paso del tiempo, mediante tales instituciones procesales se persiguió la consecución de dos objetivos, a saber: 1)

que las autoridades subordinadas cumplieren con sus deberes y 2) evitar extralimitaciones en el ejercicio de los poderes públicos.

Quizá uno de los autores que más ha estudiado el *writ of mandamus* es el profesor Carleton Kempt Allen⁴, quien nos trae la siguiente definición:

«El *mandamus* es un importante auto privilegiado, inventado con el propósito de salvar los defectos de la justicia. La Carta Magna obliga a la Corona a no negar justicia a nadie. Por tanto, si no hay otros medios para hacer justicia, se concede el auto de mandamiento para permitir que se haga justicia. Por tanto, cuando alguna autoridad pública o administrativa tiene un deber absoluto (no discrecional) de llevar a cabo una determinada función y, en demanda debidamente hecha se niega a realizarla, cualquier persona que tenga un interés legítimo y suficiente en su realización puede, con tal que carezca de otro recurso igualmente conveniente, benéfico y eficaz, recurrir al Tribunal Supremo solicitando un mandamiento que obligue a realizar el deber».

Nótese cómo el *writ of mandamus* no es una acción pública, ya que la persona que acude ante el juez debe demostrar un interés legítimo concreto en que la autoridad pública cumpla con sus deberes. En igual sentido, conviene poner de relieve el carácter subsidiario del remedio procesal, vale decir, la improcedencia de esta orden judicial cuando existan otras vías procesales igualmente idóneas para la consecución del fin.

En cuanto al juez competente, tal como lo señala el profesor argentino Santa Pinter⁵, estas órdenes prerrogativas eran de conocimiento de la *Court of King* o Tribunal de la Banca del Rey, cuyo origen se remonta a la antigua costumbre de ser escuchado y

juzgado *coram rege ipso*, o sea, en presencia del mismo rey.

Así pues, el *writ of mandamus* se configuró como un remedio específico mediante el cual los jueces ingleses ejercían un control sobre la actividad de las autoridades administrativas, a fin de que éstas cumpliesen efectivamente con determinados deberes claramente determinados de antemano.

a. El *writ of mandamus* en el continente americano

Como lo señala la profesora española Ahumada Ruiz⁶, las instituciones procesales propias del antiguo *common law* inglés fueron adoptadas en los Estados Unidos, aunque con ciertos matices importantes, en especial, por el rechazo a un derecho «revelado e inmutable», como lo era el colonial.

Un fruto importante de esta combinación de normas y principios del *common law* inglés y del naciente *common law* americano lo encontramos en la siguiente definición que el juez John Marshall, en el asunto *Marbury v. Madison*, realizó de la institución del *writ of mandamus*: «Una orden emanada del Tribunal del Banco del Rey y dirigida a cualquier persona, corporación o tribunal judicial superior, dentro de los dominios del Rey, intimándolos a hacer alguna cosa particular, especificada en el texto, relativa a sus oficios o deberes, que el Tribunal del Rey ya hubiese juzgado, o al menos presumido ser conforme a derecho y justicia»⁷.

En el caso *Mansfield v. Baker* el Tribunal Supremo de los Estados Unidos estimó que el *writ of mandamus* procedía en los siguientes casos: «Toda vez que la ley no hubiese instituido algún recurso específico, y sea menester ese recurso en defensa de

la administración de justicia y del funcionamiento de un buen gobierno»⁸.

Posteriormente, en 1854, el Tribunal Supremo americano en el asunto *Goodrich c. Guthrie* fijó algunos límites a la procedencia del *writ of mandamus*, en los siguientes términos: «Los únicos actos en los cuales los tribunales pueden actuar, por vía del *mandamus*, son los puramente ministeriales, y no en aquellos que impliquen un cierto juicio o discrecionalidad...»⁹.

Quizá uno de las mejores investigaciones que se han realizado en torno a la evolución legislativa y jurisprudencial que en los Estados Unidos conoció el *writ of mandamus* hasta los inicios de la segunda posguerra mundial es la de Sherwood, cuyas conclusiones aparecen consignada en la edición de 1946 de la *Michigan Law Review*.

En el mencionado artículo, Sherwood comenta de qué manera, en más de veinte Estados de la Unión procede el *writ of mandamus* a fin de compeler al Gobernador a cumplir con sus deberes legales¹⁰. A pesar de la presencia de este consenso, afirma el autor americano, existe una verdadera confusión respecto a la determinación de deberes cuyo cumplimiento puede ser demandado mediante esta vía procesal. Así, algunos juristas distinguen entre funciones discrecionales y funciones ministeriales, siendo procedente el *writ of mandamus* únicamente en relación con estas últimas.

En este orden de ideas señalemos, por último, que la improcedencia del *writ of mandamus* en los demás Estados de la Unión frente a las omisiones del Gobernador encuentra su fundamento teórico en el principio clásico de la separación estricta de poderes públicos. He aquí un punto de contacto importante entre el *common law* americano y el derecho administrativo francés clásico.

b. El *writ of mandamus* en el derecho argentino

El mexicano Héctor Fix-Zamudio sostiene que durante los años cuarenta del siglo xx el derecho constitucional provincial argentino adoptó el mecanismo judicial del *writ of mandamus*, bajo el nombre de “mandamiento de ejecución y prohibición”¹¹.

En tal sentido, señalemos que la Constitución de la Provincia de Río Negro, sancionada el 3 de junio de 1988, en su artículo 217 dispone lo siguiente: «El Tribunal Superior de Justicia tiene, en lo jurisdiccional, las siguientes atribuciones: [...] 2. Ejercer jurisdicción originaria y exclusiva en los siguientes casos [...] d) de las acciones por incumplimiento en el dictado de la norma que impone un deber concreto al Estado provincial o a los municipios. La demanda puede ser ejercida por quien se sienta afectado en su derecho individual o colectivo. En el supuesto de incumplimiento, integra el orden normativo el Tribunal, resolviendo el caso con efecto limitado al mismo y, de no ser posible, determina el monto del resarcimiento a cargo del Estado conforme al perjuicio que se acredite»¹².

De manera análoga, el Código de Procedimientos Civiles de la Provincia de Santiago de Estero establece un recurso para hacerle frente a la inactividad de la administración pública, cuyo origen es así mismo el *writ of mandamus* inglés. En este caso, la competencia fue asignada a los jueces federales de lo contencioso-administrativo y, en caso de proceder la petición, el juez condena a la autoridad pública a la correcta ejecución del deber omitido, en un plazo breve.

Al respecto, impera precisar que la fuente misma de estas disposiciones, que aparecen

recogidas en normas constitucionales provinciales, encuentra su fundamento en el artículo 14 de la Constitución argentina, que reza: «Todos los habitantes de la Nación gozan de unos derechos conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio; de este modo, todo ciudadano argentino está facultado a acudir a las autoridades para solicitar el cumplimiento de una obligación propia de la autoridad estatal».

c. El *writ of mandamus* en las antiguas colonias inglesas

A lo largo de la segunda posguerra mundial, y más específicamente durante el proceso de descolonización que conocieron numerosos países africanos y asiáticos, encontramos que las constituciones de estos nuevos Estados incorporan en sus textos las *prerogatives orders* de origen inglés. Esta situación la hallamos en la Constitución de la República de la India, promulgada el 26 de noviembre de 1949, que en su artículo 32 le confiere a la Suprema Corte Federal la competencia para emitir órdenes de *habeas corpus*, *mandamus*, *certiorari*, *quo warranto* y prohibición contra las autoridades respectivas¹³.

De manera muy similar, la Constitución de la República Socialista de Sri Lanka, cuya novena enmienda data del 24 de agosto de 1984, dispone que la Corte Suprema es competente para darle curso a las peticiones de los *writs of mandamus*, *certiorari*, *habeas corpus* y *quo warranto*¹⁴.

Por su parte, la Constitución australiana, en su capítulo III, artículo 75, dispone que la Corte Suprema de Australia conocerá de las peticiones de *mandamus*, *injunction* y *prohibition* dirigidas contras las autoridades de la Commonwealth¹⁵.

2. Antecedentes próximos de la acción de cumplimiento

a. La doctrina *iuspublicista* francesa ante el fenómeno de la inactividad administrativa

En un artículo publicado en 1972, en la *Révue Française de Droit Administratif*, bajo el título: “L’interdiction pour le juge administratif de faire acte d’administrateur”¹⁶, el profesor Jacques Chevallier criticó con dureza la validez del decantado principio de derecho administrativo clásico, según el cual no le era dable al juez dirigirle ningún tipo de orden a la administración pública.

En primer término, sostiene el autor francés que la prohibición que pesa sobre el juez administrativo de dirigirle una orden a la administración a fin de que ésta cumpla con sus deberes es una regla puramente jurisprudencial, desarrollada hasta sus últimas consecuencias por una generosa jurisprudencia del Conseil d’Etat, pero que no se apoya sobre texto legal alguno.

Como corolario del mencionado principio jurisprudencial, a la luz de la teoría clásica del derecho administrativo francés, no le era permitido al juez condenar a la administración a la ejecución concreta de un deber de hacer, so pena de violar el principio de la separación de los poderes públicos.

En esta línea de pensamiento se inscriben, en primer lugar, los trabajos de Barthélemy, quien en un artículo publicado en 1912 en la *Révue de Droit Public*, titulado “Sur l’obligation de faire ou de ne pas faire et son exécution forcée dans le droit public”¹⁷, concluyó que frente a la inejecución de deberes de hacer por parte de la administración, únicamente procedía el clásico contencioso de reparación de daños y

perjuicios. Curiosamente, en el mencionado escrito, Barthélemy se lamentaba de la inexistencia en el sistema francés de instituciones procesales como el *writ of mandamus* inglés, tendentes a hacerle frente a la inactividad de la administración pública¹⁸.

Al respecto conviene así mismo señalar que, para autores clásicos como Jezé o el mismo Hauriou, la independencia de la administración activa le impide recibir órdenes del juez administrativo, ya que a este último le está vedado desconocer la iniciativa de que disponen las autoridades públicas para ejercer sus competencias. Además, sostienen estos teóricos del derecho administrativo, el juez no puede inmiscuirse en la prestación de los servicios públicos, haciendo las veces de superior jerárquico de la autoridad administrativa.

Frente a estos argumentos, responde vigorosamente Chevallier¹⁹, en el sentido de que la prohibición al juez administrativo de impartirle órdenes a la administración es un principio ambiguo y que, por lo demás, debe ser fuertemente matizado. A decir verdad, el autor acepta como evidente que el juez no puede adoptar verdaderos actos administrativo, tanto menos cuando éstos son de carácter ejecutivo. Esto desvirtuaría, a no dudarlo, la diferencia que siempre debe existir entre función judicial y función administrativa.

No obstante, a renglón seguido, Chevallier nos trae a colación varios fallos del propio Conseil d’Etat que dan cuenta de las excepciones a la regla general. Así por ejemplo, en un fallo del 22 de marzo de 1961, el juez administrativo, en el asunto de la *Ciudad de Charleville*²⁰ se estimó competente para ordenarle a una comuna hacer cesar la polución que causaba el alcantarillado sobre un río. En otros términos, se le ordenó a la administración pública la ejecución concreta de un deber público de hacer.

b. Los nuevos poderes del juez administrativo en Francia

El título IV de la ley 96-125 del 8 de febrero de 1995 sobre la organización de las jurisdicciones y los procedimientos penal, civil y administrativo, constituye un valioso aporte del derecho comparado a la elaboración de una doctrina en torno al control jurisdiccional de la inactividad de la administración pública. A la luz de la citada disposición, «cuando una sentencia o una decisión administrativa implique necesariamente que una persona moral de derecho público o un organismo de derecho privado encargado de la gestión de un servicio público adopten una medida de ejecución en un sentido determinado, el Tribunal Administrativo o el Tribunal Administrativo de Apelaciones, prescribirá esta medida acompañada, llegado el caso, de un plazo de ejecución, mediante el mismo fallo o decisión administrativa».

Siguiendo a Jean Gourdou²¹, una de las principales novedades que presenta la mencionada ley consiste en que tanto el Consejo de Estado como los Tribunales Administrativos y los Tribunales Administrativos de Apelación disponen de «un poder para reconocer expresamente la existencia de una obligación de hacer a cargo de una persona pública o de un organismo privado encargado de la gestión de un servicio público»²².

A pesar de la amplitud que presenta *prima facie* esta vía procesal, lo cierto es que de conformidad con su reglamentación nos encontramos, por esencia, ante un medio procesal para hacer efectivo el cumplimiento de decisiones judiciales.

Ahora bien, se trata así mismo de un poder limitado del juez administrativo, como quiera que se precisa que la sentencia imponga un deber de ineludible cumplimiento

para la administración. Quizá, el ejemplo más clásico de esta situación lo constituye un fallo mediante el cual se anule la decisión de la administración de cesar en el ejercicio de sus funciones a un funcionario público. En este caso, la orden judicial se encaminará a ordenarle a la administración la reincorporación del mismo a la función pública.

Un caso aún más interesante lo constituye el asunto *Consorts Descart c. Département de la Corrèze*, decidido por el Tribunal Administrativo de Limoges el 7 de diciembre de 1995. En el presente asunto, el demandado había sido condenado al pago de los perjuicios causados al demandante por el rompimiento de un dique. El juez administrativo, con base en una petición dirigida por los interesados, ordenó al Departamento la ejecución, antes del 30 de junio de 1996, de los trabajos de reparación del mencionado dique, vale decir, no se condenó a la administración únicamente a reparar el daño causado al demandante, sino que además se le ordenó la ejecución de un deber de hacer.

3. La garantía jurisdiccional del cumplimiento de los deberes positivos de la administración en España

Al igual que la doctrina francesa, los administrativistas españoles, de vieja data, han mostrado un particular interés por elaborar mecanismos judiciales encaminados a hacerle frente al fenómeno de la inactividad administrativa, sobre todo a la de carácter material.

Es así como Nieto García, en un brillante artículo titulado “La inactividad de la administración y el recurso contencioso-administrativo”²³, publicado en 1962 en la *Revista de Administración Pública*, llevó a cabo un interesante balance acerca de la efectividad de las acciones contencioso-

administrativas frente al problema del incumplimiento, por parte de las autoridades públicas, de sus deberes de hacer.

La doctrina administrativista más reciente ha abordado el tema que nos ocupa principalmente desde la óptica de los poderes del juez frente a la inactividad administrativa. Desde esta perspectiva, el análisis, como lo señala Gómez Puente en su reciente obra *La inactividad de la administración*²⁴, se estructura sobre dos ejes complementarios, a saber: por una parte, la posibilidad de dictar sentencias condenatorias que declaren una obligación de hacer a cargo de la administración; por otra, la actividad jurisdiccional ejecutiva, vale decir, hacer ejecutar lo juzgado.

Los administrativistas españoles coinciden pues en afirmar que la garantía de la legalidad está integrada no sólo por declaraciones judiciales de nulidad de los actos administrativos, sino además por la posibilidad de dictar sentencias condenatorias que declaren o establezcan una obligación de hacer o deber legal de obrar en cabeza de la administración

Esta posición de la doctrina administrativista encontró su reflejo en una progresista jurisprudencia del Tribunal Supremo español (en adelante, TS), en cuyo repertorio encontramos, como lo afirma Gómez Puente, sentencias condenatorias de hacer contra la administración, tanto «frente a situaciones de inactividad formal como de inactividad material»²⁵.

Así pues, en algunos casos, el TS ha ordenado la convocatoria a un pleno municipal (sentencia del 30 de septiembre de 1992); la apertura de un expediente sancionatorio (sentencia del 9 de junio de 1988) o dictar una medida reglamentaria (sentencia del 6 de marzo de 1978). De igual manera, el TS ha hecho frente a la inactividad material de la administración en

varias ocasiones. Así, por ejemplo, se le ordenó a ésta intervenir para hacer frente a ruidos molestos (sentencia del 26 junio de 1977); demoler una construcción ilegal (sentencia del 1 de junio de 1979); implantar un ramal del alcantarillado (sentencia del 14 de abril de 1983) o incluir en un presupuesto municipal la subvención necesaria para el mantenimiento de un centro hospitalario (sentencia del 28 de enero de 1972)²⁶.

El conjunto de estas sentencias del TS cuentan con el aval del artículo 42 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa que reza: «La parte demandante legitimada conforme a lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 28 (titularidad de un derecho subjetivo) podrá pretender, además de lo previsto en el artículo anterior (anulación), el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, entre ellas la indemnización de los daños y perjuicios, cuando proceda».

Como lo señala Gómez Puente, la simple sentencia condenatoria ordenándole a la administración cumplir con su deber no constituye una garantía para la ejecución. Se precisan, por tanto, algunas vías judiciales a fin de lograr poner término a la inactividad de la administración.

Desde esta perspectiva, ante un caso de inactividad formal, la solución viable sería recurrir a la figura de la sustitución, en caso, bien entendido, de que se trate del ejercicio de un poder reglado. Así pues, la sentencia tendría el mismo efecto que el acto indebidamente omitido por la administración.

Por el contrario, ante un caso de inactividad material, el ejercicio de los poderes del juez se encuentra más limitado, debido al respeto al principio de la separación de los poderes públicos. El juez puede, en

principio, compeler a la administración para que cumpla con sus deberes, incluso bajo amenaza al funcionario de ver comprometida su responsabilidad disciplinaria. Algunos teóricos españoles como Beltrán de Felipe incluso han llegado a afirmar que en estos casos podría igualmente recurrirse a la figura de la sustitución. Este actuar, en nuestro sentir, es viable sólo en casos muy concretos, de deberes de resultado en los que el juez no reemplazaría, mediante su fallo, la voluntad de la administración pública.

B. ASPECTOS ORIGINALES DE LA CONFIGURACIÓN PROCESAL DE LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO

1. Acción de rango constitucional

La acción de cumplimiento es un medio judicial consagrado directamente en la Constitución. Al igual que sucede con la acción de tutela, y parafraseando al profesor Osuna²⁷, del rango constitucional de la acción de cumplimiento se desprenden importantes efectos jurídicos de orden material.

En primer lugar, el margen de configuración normativa con que cuenta el legislador para establecer las características procesales de la acción de cumplimiento se encuentra limitado no sólo por el artículo 87 de la Constitución sino, además, por los principios y valores que informan el texto de la Carta Política. De ahí que al legislador le esté vedado falsear el espíritu del constituyente, por ejemplo, reglamentado este mecanismo judicial de manera tal que resulte imposible en la práctica incoar una acción de cumplimiento por cualquier persona.

En segundo lugar, el rango constitucional de la acción de cumplimiento vincula a los

jueces de lo contencioso-administrativo, en el sentido de que al momento de resolver esta variedad de asuntos deben interpretar el texto de la ley 393 de 1997 de tal manera que no se desvirtúe o falseen los principios orientadores de un Estado social de derecho. Quiero ello decir que, a nuestro juicio, resultan ser contrarias a la Constitución las interpretaciones judiciales que conduzcan a ampliar, de manera manifiesta e indebida, las causales de improcedencia de la acción de cumplimiento y, por ende, a que un mecanismo judicial de rango constitucional no esté, en la *praxis*, al alcance de “cualquier persona”, sino tan sólo en manos de un grupo de expertos en la restrictiva jurisprudencia del Consejo de Estado.

En este orden de ideas, del rango constitucional de la acción de cumplimiento se desprenden importantes límites para las actividades tanto del legislador como de los jueces, en el sentido de que ambos deben *abstenerse* de desplegar cualquier comportamiento contrario al sentido que inspiró la consagración de este mecanismo constitucional, y en especial a los principios constitucionales que orientan la interpretación y aplicación del mismo. De igual manera, ambos poderes del Estado deben *propender* porque la acción de cumplimiento sea realmente efectiva. De lo contrario, se llegaría a la absurda paradoja de contar en nuestro ordenamiento jurídico con una revolucionaria acción judicial encaminada a hacer efectivo el Estado social de derecho, pero que al mismo tiempo, se trate de un mecanismo procesal completamente ineficaz. Esto, por lo demás, privaría a las personas de contar con una vía efectiva para controlar el ejercicio del poder público, daría al traste con ciertas prácticas de las autoridades públicas de abrogarse el “derecho” de ejecutar a conveniencia el texto

de la ley y de los actos administrativos, y así mismo, conduciría a que la voluntad del legislador pudiese ser impunemente desconocida por aquellos que deben ejecutar formal y materialmente el texto de la ley.

Por último, conviene señalar que, de conformidad con la jurisprudencia sentada por la Corte Constitucional en sentencia del 29 de abril de 1998²⁸, la reglamentación de la acción de cumplimiento no precisa ser tramitada como una ley estatutaria, de las que trata el artículo 152 de la Constitución Política, ya que, en sentir de esta instancia judicial, se trata de una ley de carácter exclusivamente procedimental.

2. Subsidiariedad

Al igual que ocurre con la acción de tutela, la acción de cumplimiento es un mecanismo procesal subsidiario, queriendo con ello decir que la procedencia de ésta se encuentra supeditada, al tenor del artículo 9.2 de la ley 393 de 1997, a la inexistencia de otro «instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento de una norma o acto administrativo, salvo, que no de proceder, se siga un perjuicio grave e inminente para el accionante».

Pues bien, la jurisprudencia del Consejo de Estado en la materia nos muestra que el concepto de subsidiariedad de la acción de cumplimiento, infortunadamente, ha sido entendido por esta instancia judicial en un sentido extremadamente amplio, a diferencia de lo acaecido en el seno de la Corte Constitucional con la acción de tutela. En efecto, para esta última, desde muy temprana jurisprudencia, la existencia de otro mecanismo judicial debía ser valorada más allá de concepciones meramente formales, vale decir, examinando si realmente la otra vía procesal es o no efectiva para proteger el derecho fundamental; por el contrario, para

el Consejo de Estado, el juicio sobre la presencia de otro mecanismo judicial para hacer efectivo el cumplimiento de la ley o de un acto administrativo ha respondido únicamente a criterios formales. Aseveración ésta cuyo sustento lo encontramos recurriendo a los textos de algunas providencias judiciales, entre las cuales podemos citar, entre otras, un reciente fallo datado 2 de septiembre de 1999, en el asunto *Municipio de Itagüí*²⁹, en el cual el Consejo de Estado negó la procedencia de una demanda de acción de cumplimiento que buscaba la ejecución de unas normas de protección del medio ambiente, arguyendo para ello la simple existencia de las acciones populares, omitiendo, sin embargo, realizar cualquier tipo de valoración en torno a la eficacia real de las mismas.

3. Informalidad

El artículo 10 de la ley 393 de 1997, en su último párrafo, al referirse al contenido de la solicitud de acción de cumplimiento, dispone que ésta «también podrá ser presentada en forma verbal cuando el solicitante no sepa leer ni escribir, sea menor de edad o se encuentre en situación de extrema urgencia».

El carácter informal que inspira al trámite de la acción de cumplimiento constituye, al igual que la subsidiariedad, una característica que fue adoptada por el legislador de la reglamentación de la acción de tutela. Así lo entendió el Consejo de Estado cuando en sentencia del 11 de septiembre de 1997, en el asunto *Unidades Tecnológicas de Santander*, estimó: «El Legislador en esta acción nueva lo que ha pretendido es desarrollar el artículo 87 de la Constitución Política para dotar a las personas de un *instrumento eficaz, oportuno, fácil*, para lograr de las autoridades públicas el efectivo

cumplimiento de leyes o actos administrativos»³⁰ (subrayas fuera de texto).

En un sentido análogo, el Consejo de Estado, en auto del 6 de noviembre de 1997 consideró que «en tanto que acción constitucional susceptible de ser ejercida por cualquier persona, la de cumplimiento debe estar provista al máximo de garantías que la hagan eficaz. Por ello, al resolver sobre la admisión de la solicitud, el juez debe inadmitir sólo aquellas peticiones que no reúnan los requisitos mínimos, indicando con claridad al interesado la manera de salvar sus deficiencias»³¹. Más recientemente, en sentencia del 17 de junio de 1999, en el asunto del *acuerdo suscrito con los reclusos de la Penitenciaría Nacional de Picalaña*,³² el Consejo de Estado, recurriendo al carácter constitucional de la acción de cumplimiento, estimó que el principio de informalidad se aplicaba de igual manera para efectos del escrito impugnatorio de la sentencia. En otros términos, basta con que el demandante manifieste los motivos de su inconformidad con la decisión del *a-quo* para que la apelación pueda ser tramitada.

Con todo, la informalidad, que ha sido uno de los más grandes progresos que ha traído la acción de tutela al derecho constitucional procesal colombiano, en el caso de la acción de cumplimiento ha sido desvirtuada, por una parte, debido a que el propio legislador exige requisitos innecesarios como la constitución de renuencia de la autoridad pública al cumplimiento del deber; por otra, el excesivo rigorismo y formalismo que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha impregnado a la procedencia del mecanismo judicial consagrado en el artículo 87 de la Constitución.

4. Contencioso de ejecución

La acción de cumplimiento se diferencia,

en un doble sentido, de las acciones públicas de inconstitucionalidad y nulidad. En efecto, en tanto que estas últimas forman parte de aquello que la doctrina francesa calificaría como un *contentieux d'annulation*, como quiera que su fin último es garantizar la integridad de las normas jurídicas de rango superior; aquélla forma parte de un *contentieux d'execution*, en la medida en que pretende asegurar la eficacia de las normas jurídicas. No se trata, por tanto, de anular o dejar sin efectos una norma del ordenamiento jurídico, por ser ésta contraria a una disposición jerárquicamente superior, o por haberse desconocido en su adopción las normas procedimentales correspondientes; por el contrario, mediante ella se persigue la efectiva ejecución de los deberes públicos que aparecen prescritos en el cuerpo de la norma legal o del acto administrativo, y cuyos destinatarios son las autoridades públicas o los particulares que ejerzan una función pública.

Importa destacar aquí que la acción de cumplimiento, a pesar de su naturaleza de contencioso de ejecución tiene, a nuestro juicio, una cierta faceta de proceso declarativo. Para arribar a tal conclusión, examinemos brevemente el camino lógico-jurídico que debe recorrer un juez administrativo al momento de presentársele una petición encaminada a que una autoridad pública sea conminada a la ejecución de una ley o acto administrativo.

En primer lugar, el juez debe establecer la existencia de un deber, cuyo cumplimiento es exigible a una autoridad pública o a un particular que ejerce una función pública. Seguidamente, se precisa que el juez llegue a la convicción de que el demandado es competente para ejecutar un deber público concreto, amén de que no se encuentre ante el ejercicio de un poder absolutamente discrecional por parte de aquélla. A

continuación, será necesario constatar, mediante cualquier medio de prueba, que efectivamente el deber público ha sido inejecutado. Así pues, de llegar a ser acogidas las pretensiones de la petición, el juez, implícita o explícitamente está declarando que una autoridad pública competente, sin que medie justificación alguna, ha incumplido un deber legal y procederá a ordenarle la ejecución del mismo.

5. *Naturaleza no sancionadora de la acción*

La acción de cumplimiento no es un mecanismo judicial de carácter sancionatorio. Su naturaleza no es de estirpe represiva, como quiera que no se busca castigar al funcionario público que indebidamente ha omitido el cumplimiento de un deber legal.

En tal sentido, el Consejo de Estado, en sentencia del 18 de febrero de 1999, estimó que «la acción de cumplimiento no procede para la imposición de sanciones, toda vez que éstas sólo son imponibles a través de un procedimiento administrativo en el que se pruebe la responsabilidad del infractor y la viabilidad de la sanción, es decir, que ella no se aplica por disposición administrativa competente para ello, previo el procedimiento correspondiente»³³.

Se desprende de lo anterior que la puesta en marcha de la acción de cumplimiento va más allá de los clásicos controles disciplinarios, ya que el fin último de ésta no es sancionar al funcionario que ha incumplido con sus deberes legales, sino la efectiva ejecución de la norma jurídica.

6. *Acción de carácter público*

El mecanismo judicial consagrado en el artículo 87 de la Constitución, a diferencia

de otras instituciones procesales que constituyen el antecedente más remoto de éste, tales como el *writ of mandamus* inglés y, posteriormente, americano, tiene la naturaleza jurídica propia de una *actio popularis*.

En efecto, la acción de cumplimiento, por expresa disposición constitucional, puede ser incoada por «cualquier persona» ante una «autoridad judicial» para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o de un acto administrativo, sin que medie, por tanto, la acreditación de un interés legítimo por parte del demandante.

En sentido análogo, el artículo 1 de la ley 393 de 1997 dispone que «Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial definida en esta Ley para hacer efectivo el cumplimiento de normas aplicables con fuerza material de Ley o Actos Administrativos». En contrapartida, recordemos que el *standing* anglosajón, o legitimación activa para demandar en sede de *writ of mandamus*, resulta ser más restrictivo que nuestra acción de cumplimiento.

7. *Mecanismo judicial no indemnizatorio*

La acción de cumplimiento no tiene carácter indemnizatorio. No se le puede equiparar, por tanto, con acciones de naturaleza legal como son la de nulidad y restablecimiento del derecho o de reparación directa.

Sobre el particular, el artículo 24 de la ley 393 de 1997, en su artículo 24.1 prescribe lo siguiente: «La acción de cumplimiento no tendrá fines indemnizatorios. Cuando del incumplimiento de la ley o actos administrativos se generen perjuicios, los afectados podrán solicitar las indemnizaciones por medio de las acciones judiciales pertinentes».

Cabe añadir que, a pesar de su naturaleza no indemnizatoria, lo cierto es que la eje-

cución material o normativa de algunas leyes o actos administrativos puede reportarle un beneficio de orden patrimonial al demandante en sede de acción de cumplimiento. Así por ejemplo, el Consejo de Estado, en sentencia del 29 de enero de 1998, en el asunto de la *Contraloría General del Departamento del Chocó*³⁴, confirmó un fallo condenando a la Gobernación de la misma entidad territorial al debido cumplimiento de la ley 330 de 1996 y de la ordenanza 005 del 4 de abril de 1996. La ejecución material de las citadas normas jurídicas llevó a que el demandado cancelase al demandante la suma de 300 millones de pesos, por concepto de un auditaje practicado por la Contraloría Departamental.

8. No se trata de una acción declarativa de derechos

El Consejo de Estado, en reiterada jurisprudencia, ha estimado que mediante la acción de cumplimiento no es posible discutir la titularidad de un derecho, sino hacer respetar los ya existentes, por medio de la efectiva ejecución de las leyes o actos administrativos que los reconocen. Más exactamente, este mecanismo judicial está previsto, como lo consideró el juez administrativo en sentencia del 13 de febrero de 1998, «para ordenar el cumplimiento de una norma o acto administrativo que contenga una obligación clara y precisa, cuyo incumplimiento implique el desconocimiento de un derecho que no se discute»³⁵.

Sobre lo anterior, conviene precisar que la acción de cumplimiento no es la vía procesal pertinente para hacer efectivo el cumplimiento de normas que consagren derechos constitucionales fundamentales, ya que el artículo 9.1 de la ley 393 de 1997 prescribe lo siguiente: «La acción de cum-

plimiento no procederá para la protección de derechos que puedan ser garantizados mediante acción de tutela. En estos eventos, el juez le dará a la solicitud el trámite correspondiente al derecho de tutela».

A nuestro juicio, si bien es cierto que la acción de cumplimiento no es un mecanismo *específico y directo* de protección de los derechos humanos, también parece serlo que la ejecución efectiva de una ley o de un acto administrativo puede conducir o coadyuvar, en determinados casos, a tutelar un derecho fundamental. En tal sentido, el Consejo de Estado, en sentencia del 17 de junio de 1999 con ocasión del asunto del *acuerdo suscrito con los reclusos de la Penitenciaría Nacional de Picalaña*³⁶, consideró que «algunos de los compromisos asumidos por la autoridad demandada concretan el deber que le asiste a la entidad [carcelaria] de brindar condiciones dignas de existencia a los reclusos, deberes que no sólo están contenidos en la legislación nacional sino también en *convenios y tratados internacionales*» (subrayado fuera de texto). Lo anterior equivale a decir que, en ciertas circunstancias, el cumplimiento de una norma legal, incluso de aquellas aprobatorias de tratados internacionales, comporta la efectiva protección de derechos fundamentales, así sea de manera indirecta. En otros términos, la aseveración según la cual mediante la acción de cumplimiento no se garantizan derechos humanos, debe ser matizada.

C. EL OBJETO DE LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO

Determinar el objeto específico de protección de la acción de cumplimiento colombiana resulta ser una tarea harto compleja. A decir verdad, si bien debemos

partir en esta pesquisa del artículo 87 de la Constitución, así como del texto de la ley 393 de 1997, lo cierto es que difícilmente lograremos examinar todas las aristas del problema si dejásemos de recurrir a la reciente jurisprudencia de nuestros máximos tribunales constitucionales y administrativos, a la doctrina nacional en la materia, amén de los valiosos aportes del derecho comparado al estudio del fenómeno de la inactividad de las autoridades públicas en la ejecución de sus deberes.

Hechas estas precisiones, a lo largo del presente apartado, trataremos de confirmar la validez de dos hipótesis de trabajo complementarias, a saber: 1) El *fin último* de la acción de cumplimiento es velar por el respeto de ciertos principios fundamentales inherentes a un Estado social de derecho; 2) La acción de cumplimiento tiene por *objeto concreto* hacerle frente a las omisiones de las autoridades públicas, y de los particulares que ejerzan funciones públicas, en el ejercicio de toda actividad jurídica o material, legalmente debida, y cuya ejecución sea posible de realizar.

Puestas así las cosas, procederemos a explicar *in extenso* cada uno de los elementos que, a nuestro juicio, permiten delimitar y precisar el objeto de protección de la acción de cumplimiento en Colombia.

1. Los principios del Estado social de derecho y la acción de cumplimiento

El principio de legalidad material

Para analizar el comportamiento omisivo de la Administración desde la perspectiva de su licitud, es preciso partir del papel que hoy en día deben cumplir las autoridades públicas en Colombia. En tal sentido, conviene detenernos un poco en el contenido y alcance que, hoy por hoy,

posee el principio de legalidad, leído a la luz del artículo 1 de la Carta Fundamental de 1991, que consagra la fórmula del Estado social de derecho, vale decir, un Estado que juega un papel asistencial, activo, interventor en la economía y, en últimas, garante del principio de igualdad material entre los asociados.

En este orden de ideas, hacemos nuestras las reflexiones de Santofimio Gamboa, para quien el principio de legalidad vincula la actuación de los gobernantes en sus vertientes formal y teleológica: «la primera en cuanto respeto a la norma en estricto sentido, y el segundo en cuanto que el cumplimiento de la norma implica el ejercicio de la función administrativa para la consolidación de los propósitos y finalidades que motivaron la institucionalización del Estado, esto es, la proyección de valores y principios hacia los horizontes que consoliden y justifiquen la existencia del mismo»³⁷.

Así pues, podemos afirmar que la puesta en marcha de la acción de cumplimiento apunta entonces a asegurar el respeto por esta vertiente material del principio de legalidad en la actuación de las autoridades públicas. A tal conclusión han llegado, así mismo, nuestros jueces administrativos y constitucionales.

En efecto, en temprana jurisprudencia, el Consejo de Estado, en sentencia del 5 de diciembre de 1997, en el asunto *Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá*, estimó que «la finalidad de la acción de cumplimiento prevista en el artículo 87 de la Constitución Nacional es hacer efectivo el Estado social de derecho»³⁸, y para tales efectos «las autoridades de acuerdo con lo previsto en la misma Carta por su artículo 122 deben dar cumplimiento a las normas, que de acuerdo con el principio de legalidad enmarcan el ejercicio de las funciones a su cargo»³⁹.

La Corte Constitucional, por su parte, en sentencia del 29 de abril de 1998, sostuvo que «en el Estado Social de Derecho que busca la concreción material de sus objetivos y finalidades, ni la función legislativa ni la ejecutiva o administrativa se agotan con la simple formulación de las normas o la expedición de actos administrativos, pues los respectivos cometidos propios de dicho Estado sólo se logran cuando efectiva y realmente tienen cumplimiento las referidas normas y actos»⁴⁰. Posteriormente, en sentencia del 30 de julio de 1998, el juez constitucional puso de nuevo el acento en la vigencia y respeto de la legalidad material, en tanto que cometido último de la acción de cumplimiento, al estimar que este mecanismo judicial propendía por «la vigencia y efectividad material de las leyes y de los actos administrativos, lo cual conlleva la concreción de principios medulares del Estado social de derecho, que tienden a asegurar la vigencia de un orden jurídico, social y económico justo»⁴¹.

En suma, la acción de cumplimiento propende por la inexistencia en un Estado social de derecho de conductas omisivas, imputables a las autoridades públicas o a los particulares que ejerzan funciones públicas, que escapen al correspondiente control ejercido por parte de los jueces de la República. En otros términos, la vía judicial consagrada en el artículo 87 de la Constitución Política es una garantía judicial a la vigencia del principio de legalidad material.

La efectiva ejecución de los deberes públicos de hacer

Al término de la segunda Guerra Mundial, el modelo de Estado social de derecho se consolidó plenamente en el constitucionalismo europeo. Fruto de este proceso,

se adoptaron Constituciones estructuradas como auténticos “programas”, agregando así al clásico papel que cumplían éstas, el de diseñar un orden político, económico y social justo, hacia el cual debían dirigir toda su actividad el Estado y la sociedad. Simultáneamente, los contenidos y fines de la ley se transformaron, como quiera que, en palabras de Ignacio de Otto, dejaron de ser un instrumento de una acción política libre dentro de los límites negativos que la Constitución le impone, para convertirse en un desarrollo del «programa que la Constitución contiene»⁴².

De manera, pues, que el Estado social de derecho, como forma de organización política, tiene entre sus cometidos principales garantizarle a la persona el goce efectivo de sus derechos asistenciales. Esta permanente búsqueda de la consecución de una igualdad material entre los asociados pasa necesariamente por que el Estado-administrador ejecute determinados deberes públicos de hacer, mediante aquello que Pérez-Luño denomina «las técnicas jurídicas de las prestaciones y los servicios públicos»⁴³.

Quiere ello decir que la eficacia del goce de los derechos económicos, sociales y culturales depende, en buena parte, de que las autoridades públicas cumplan con un conjunto de deberes positivos, cuyo propósito último es materializar los fines del Estado de bienestar. Tales postulados en el derecho comparado aparecieron claramente esbozados desde finales de los años sesenta, como lo comenta el profesor americano A. E. Dick Howard⁴⁴, en el asunto *Green v. Country School Board*. En esta famosa sentencia, la Corte Suprema de los Estados Unidos estimó que la Administración tenía un *affirmative duty* (deber positivo), en el sentido de adoptar medidas materiales concretas para poner fin a la dis-

crimianación racial que se presentaba en determinadas escuelas de los barrios pobres de ciertas ciudades norteamericanas. En otros términos, el Estado debía ejecutar determinados deberes públicos de hacer, en aras a garantizar la igualdad material y el derecho a la educación de todos los niños del país.

De igual manera, conviene poner de relieve que en un Estado social de derecho las potestades con que cuentan las autoridades públicas deben ejercitarse en función de interés público, el cual, como lo afirman García de Enterría y Fernández, «no es el interés propio del aparato administrativo, sino el interés de la comunidad de la cual la Administración es, como hemos repetido, una mera organización servicial»⁴⁵. De ahí que la Administración se encuentre obligada al ejercicio de sus potestades cuando ese interés comunitario lo exija, «obligación que marca incluso las potestades discrecionales más amplias»⁴⁶.

Con base en las anteriores consideraciones podemos aseverar que las autoridades públicas en un Estado social de derecho no pueden sustraerse a la ejecución de determinados deberes públicos de hacer, ni siquiera amparándose para ello en el ámbito de algunas de sus potestades administrativas, so pena de contrariar los fines y principios que orientan esta forma de organización política o, lo que es lo mismo, el fenómeno de la inactividad administrativa contraría abiertamente el espíritu y la letra del artículo 1º de nuestra Carta Política de 1991.

La eficacia de la administración pública

Desde una perspectiva histórica encontramos que la *prerogative order of writ of mandamus* –antecedente importante de nuestra acción de cumplimiento–, desde sus albores mismos tuvo como norte buscar

que las autoridades públicas inglesas cumplieren efectivamente con sus deberes públicos, valer decir, que fuesen eficaces en el sentido de que alcanzasen los objetivos para los cuales habían sido instituidas.

Hoy por hoy, *mutatis mutandis*, podemos afirmar que nuestra acción de cumplimiento constituiría un mecanismo judicial tendente a combatir aquello que los ingleses denominaron, ya desde la baja Edad Media, *maladministration*⁴⁷, es decir, una flagrante violación al principio del buen Gobierno.

En este orden de ideas, la acción consagrada en el artículo 87 de la Constitución Política pretende que las autoridades públicas colombianas cumplan con sus funciones de manera más eficaz, en el sentido que acuerda Luciano Parejo a este término: «satisfacción de los objetivos sociales: máxima igualdad posible en cada momento en la distribución de los bienes materiales y culturales»⁴⁸, vale decir, un criterio subjetivo-finalístico⁴⁹ del concepto de Administración pública.

La garantía a la voluntad del legislador

En un Estado social de derecho, la Administración pública no puede indebidamente abrogarse el derecho a cumplir o no la voluntad del legislador, recogida en el cuerpo mismo de la ley. En efecto, en la gran mayoría de los casos, las leyes no son sólo autorizaciones para que la Administración actúe, sino mandatos cuya concreción efectiva queda a merced de que ésta adopte las medidas necesarias para la ejecución de la ley.

En tal sentido, existe un perfecto hilo conductor, o si se quiere, una concordancia ontológica, entre el fenómeno de la inconstitucionalidad por omisión del legislador⁵⁰ y la inactividad de la Administración en ejecutar el mandato legal. Sin duda, en

ambos casos la autoridad competente ha inejecutado un mandato superior, impidiendo de tal forma que los principios y objetivos perseguidos por la norma no se logren materializar, es decir, mientras que en el primer caso el legislador le hace “fraude” al constituyente, en el segundo, la Administración se lo realiza a este último.

2. El objeto concreto de protección de la acción de cumplimiento

La acción de cumplimiento tiene por *objeto concreto* hacerle frente a las omisiones de las autoridades públicas, y de los particulares que ejerzan funciones públicas⁵¹, en el ejercicio de toda actividad jurídica o material, legalmente debida, y cuya ejecución sea posible de realizar. Procedamos pues a examinar cada uno de los elementos que configuran la anterior hipótesis de trabajo.

Precisiones terminológicas

La frontera entre las nociones de “inactividad” y “omisión” resulta difícil de establecer debido a que ambos vocablos parecen compartir la misma esencia, razón por la cual los trataremos como términos sinónimos en el presente escrito. Esto, a pesar de ser cierto que mientras que el primer término figura usualmente en los manuales de derecho administrativo a propósito de ciertos incumplimientos imputables a la Administración pública, el segundo es más empleado por los constitucionalistas, en especial para hacer alusión al fenómeno de las “omisiones del legislador”, tal y como lo hizo en su momento la Corte Suprema de Justicia⁵², y posteriormente nuestra Corte Constitucional. Procedamos, en consecuencia, a establecer cuáles son los elementos constitutivos de aquéllas.

En primer término, debemos destacar que la omisión o inactividad constituye en todos los casos la inejecución de una obligación de hacer. Así, por ejemplo, para el profesor Mortati, «a diferencia de la laguna, la omisión sería siempre incumplimiento de una obligación»⁵³. Se trata, por ende, de un componente *objetivo* de la inactividad administrativa.

Un segundo elemento de la omisión podríamos denominarlo *subjetivo*, en el sentido de que ésta debe ser el resultado de un acto de voluntad de la autoridad pública. Al respecto, resulta así mismo de gran valor la siguiente aseveración de Mortati: «En tanto que las lagunas pueden producirse de modo involuntario, las omisiones, al ser resultado de un acto de voluntad, podrían asimilarse a los casos de expresa disposición negativa»⁵⁴.

En definitiva, la omisión o inactividad que constituye una violación al principio de legalidad, entendido éste en su sentido más amplio y material, consiste en aquel intencional incumplimiento de un deber de ejecutar un determinado comportamiento, imputable a una determinada autoridad pública o a un particular que ejerza una función pública. En palabras de Montoro Chiner: «Lo cierto es que la ausencia de actividad rompe el núcleo del comportamiento administrativo de ejecución de la ley, posición irrenunciable por parte de la Administración, puesto que ésta debe generar la actividad de prestación-ejecución que la ley en todo momento le exige»⁵⁵.

Variedades de inactividad administrativa

La doctrina administrativista de tiempo atrás se ha esforzado por establecer una tipología de las omisiones de las autoridades públicas, con un doble propósito: de una

parte, aproximarse a un objeto de estudio complejo de manera científica; por otra, tratar de idear mecanismos judiciales para hacerle frente a cada una de las especies del género. Siguiendo estas directrices, Gómez Puente⁵⁶, tras las huellas del administrativista Nieto García⁵⁷, distingue, con muy buen tino a nuestro juicio, entre inactividad formal e inactividad material.

La *inactividad formal* consiste, según el mencionado autor, en la falta de realización de la administración de una declaración jurídica que resulta legalmente debida. Se trataría del caso específico de la *inactividad normativa*, como aquella que se presenta ante la no expedición de un acto administrativo o la reglamentación de una ley por parte de la autoridad pública competente.

La *inactividad material*, por su parte, se define a partir de la omisión o falta de realización de una actividad técnica, material o física que trasciende al mundo de los hechos. Se trata, pues, de la ausencia de una modificación material de la realidad⁵⁸.

En un sentido casi idéntico, autores como Ferret Jacas definen la inactividad formal como «inexistencia de acto administrativo formal», en tanto que inactividad material sería una «conducta materialmente omisiva de la Administración»⁵⁹.

Desde esta perspectiva, podemos colegir que la acción de cumplimiento tiene por objeto hacerle frente tanto a la inactividad formal como material de cualesquiera autoridades públicas en Colombia, así como de los particulares que ejerzan una función pública. Tal amplitud de la legitimación pasiva en sede de acción de cumplimiento, quedó plenamente corroborada por la Corte Constitucional en su sentencia del 29 de abril de 1998⁶⁰, al declarar inexecutable el adjetivo *administrativa*, que calificaba al término autoridad que figuraba en el artículo 5º de la ley 393 de 1997.

Pues bien, por su propia naturaleza, resulta evidente que el fenómeno de la *inactividad material* se presentaría en el orden de las autoridades administrativas propiamente dichas, valer decir, aquellas que tienen por mandato ejecutar materialmente el contenido de los actos administrativos generales o particulares, en tanto que situaciones de *inactividad formal* las encontraríamos exclusivamente en el ámbito de las autoridades públicas dotadas de un poder reglamentario⁶¹.

Sobre el particular, vale la pena hacer referencia a una acción de cumplimiento que fue instaurada contra el presidente de la República por un caso de inactividad formal, en el sentido de haber omitido dar cumplimiento al artículo 4.1 de la ley 7 de 1944, a cuyo tenor «cuando un tratado, convenio, convención, etc., dejen de regir para Colombia por virtud de denuncia, caducidad o cualquiera otra causa, el órgano ejecutivo dictará un decreto en que se declare esta circunstancia, con determinación de la fecha en el que el tratado dejó de tener vigencia para el Estado colombiano». Se pretendía, por tanto, que el presidente de la República cumpliera con una obligación de rango legal adoptando un decreto, vale decir, ejerciendo sus competencias de naturaleza normativa, acción de cumplimiento que no prosperó ya que en sentir de la Sala no se podía acceder a lo solicitado «por cuanto está demostrado que no ha incumplido el Jefe de Estado la obligación legal a que se ha hecho referencia»⁶².

A pesar de la improcedencia de la acción de cumplimiento en comento, nótese que el Consejo de Estado no rechazó de plano la misma, arguyendo, por ejemplo, que se trataba de una demanda incoada contra el Presidente de la República, y que de llegar a prosperar ésta, se estaría atentando contra

el principio de separación de poderes. Al contrario, pareciera que el juez administrativo deja abierta la posibilidad de intentar acciones constitucionales de cumplimiento, incluso contra el Jefe de Estado.

Naturaleza del deber público omitido

A fin de establecer la naturaleza jurídica del deber omitido por la autoridad pública, o del particular que ejerce una función pública, y cuya ejecución puede ser demandada en sede de acción de cumplimiento, estimamos necesario aportar algunos elementos de respuesta a dos interrogantes complementarios, a saber: 1) ¿Qué variedad de deberes públicos pueden ser demandados en virtud del artículo 87 de la Constitución? y 2) ¿Qué tipo de normas jurídicas resultan ser invocables por vía de acción de cumplimiento? Intentemos buscar algunas soluciones a estas preguntas en la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional.

Contenido del deber omitido. La ley 383 de 1997 establecía como principio rector de la acción de cumplimiento que «en todo caso, la interpretación del no-cumplimiento, por parte del juez o Tribunal que conozca del asunto, será *restrictiva* y sólo procederá cuando el mismo sea *evidente*». A este principio orientador de la interpretación, por parte del juez de acción de cumplimiento, recurrió en su momento el Consejo de Estado, en especial, para efectos de darle una mayor fuerza argumentativa a determinados fallos mediante los cuales se negó la procedencia del mencionado mecanismo constitucional. Así, la sección primera de la citada instancia judicial, en sentencia del 19 de febrero de 1998, en el asunto del *Instituto de Seguros*

Sociales, estimó que no se configuraba el incumplimiento, por parte de la demandada, ya que «en la medida en que el cumplimiento de los actos citados no depende exclusivamente de sus acciones sino también de terceras entidades [...] con mayor razón cuando el artículo 2 de la Ley 393 de 1997 advierte que la inter-pretación del no cumplimiento, por parte del juez o del Tribunal que conozca del asunto, será *restrictiva* y sólo procederá cuando el mismo sea *evidente*»⁶³.

Posteriormente, en sentencia del 29 de abril de 1998, la Corte Constitucional declaró inexecutable el mencionado inciso final del artículo 2 de la ley 393 de 1997, toda vez que en sentir del juez constitucional, «el deber de cumplir una norma legal o un acto administrativo no admite gradaciones, esto es, la autoridad cumple o no cumple, y naturalmente, no cumple o incumple a medias: el incumplimiento es algo que debe ser apreciado dentro de la autonomía e independencia del juez para juzgar en el caso concreto. De este modo, no aparecen legítimos ni razonables los condicionamientos que se imponen a la actividad de juzgamiento, en el sentido de que la interpretación del incumplimiento deba ser estricta y que, además éste resulte *evidente*»⁶⁴.

Así pues, el juez de acción de cumplimiento goza, en adelante, de un amplio margen de maniobra al momento de precisar el contenido y alcance del deber omitido por la autoridad pública o por el particular que ejerce una función pública. De ahí que sea necesario analizar con cierto detenimiento y espíritu crítico la práctica de nuestros jueces administrativos, a fin de lograr discernir algunos principios rectores en la materia.

En primer lugar, el Consejo de Estado ha considerado que la obligación o deber

público cuyo cumplimiento se pretende, debe estar dotado de una cierta concreción, o, lo que es lo mismo, la acción de cumplimiento no es un medio idóneo para impeler en términos generales y abstractos a una autoridad pública para que cumpla con sus deberes legales, pues «siendo ésta una obligación permanente para ellas (artículo 6 Constitución Política), la actuación del juez en estos casos tendría un efecto distinto al de recordarles sus deberes»⁶⁵.

Quiere ello decir que, para el máximo tribunal de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo, determinados incumplimientos imputables a las autoridades públicas, en la correcta ejecución de ciertas obligaciones de carácter general y abstracto, escaparían al control judicial, con el argumento del carácter poco vinculante del mandato del juez de acción de cumplimiento en estos casos. Interpretaciones en tal sentido, a nuestro juicio, indudablemente son de carácter restrictivo y, por ende, desnaturalizan el espíritu del artículo 87 de la Carta Política.

En segundo lugar, la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado ha discernido como principio rector de la acción de cumplimiento, el que «en cada caso concreto, debe aparecer claramente establecida la obligación, cuya efectividad se persigue [...] está prevista la acción de cumplimiento, para ordenar que se haga efectiva una ley o un acto administrativo en los cuales esté contenida una obligación clara y precisa, cuyo desacato implique la violación de un derecho que por estar ya reconocido, no admite debate»⁶⁶. De manera complementaria, el juez administrativo, en sentencia del 22 de enero de 1998, en el *asunto de la Secretaría de Educación de Bogotá*⁶⁷, estimó que debía tratarse, además, de obligaciones de carácter incondicional.

Puestas así las cosas, y tal y como lo reconoció *expressis verbis* el Consejo de Estado en sentencia del 9 de octubre de 1997 en el asunto de la *Asociación Colombiana de Exportadores de Papa*, “Expopapa”, cuando se trate del cumplimiento de actos administrativos de carácter particular, «el deber omitido debe ser tan preciso, que se pueda asimilar a un título ejecutivo a favor del solicitante, es decir, que el acto contenga una obligación expresa, clara y exigible que haga posible el mandamiento de su cumplimiento»⁶⁸.

En palabras del propio Consejo de Estado: «Teniendo en cuenta el texto del artículo 2 del acto administrativo transcrito se tiene que concluir que no es posible mediante la presente acción ordenarle a la Administración que dé cumplimiento a un acto que se encuentra condicionado a tres requisitos que son vacancia de plaza, disponibilidad presupuestal y el cumplimiento de los requisitos de ley para la posesión, de los cuales el actor no acreditó que se encontraron reunidos»⁶⁹.

A nuestro juicio, esta interpretación acordada por el Consejo de Estado al artículo 87 de la Constitución, así como a la propia ley 393 de 1997, resulta ser infortunada. En efecto, parece olvidar el juez administrativo que, ontológicamente, resultan ser muy distintas las obligaciones de hacer de que trata el Código Civil colombiano, de los deberes públicos cuya ejecución material se persigue con la acción de cumplimiento. Ciertamente, en la concreción de los segundos están de por medio principios constitucionales como la primacía del interés general, la legalidad material y la eficacia de la administración pública, componentes todos ellos extraños a la filosofía que inspira a la ejecución de las obligaciones de hacer en el Código Civil. Extrapolar conceptos y nociones propios

del derecho privado al derecho público, si bien a fines de la pasada centuria representó un gran avance, en especial para el derecho administrativo, hoy en día puede contribuir nocivamente a la elaboración de nociones autónomas del derecho del Estado.

Ahora bien, si partimos del reconocimiento de diferencias existentes entre obligaciones de hacer y deberes públicos, necesariamente debemos colegir que los mecanismos judiciales diseñados para garantizar la ejecución de unas y otros, deben ser igualmente distintos. De ahí que abogemos por la elaboración de una dogmática propia de la acción de cumplimiento, más acorde con la voluntad misma de los constituyentes y con los principios fundamentales de la Carta Política de 1991.

Normas jurídicas cuyo cumplimiento puede ser exigido. Mas allá de las restricciones que el juez administrativo, por vía interpretativa, ha establecido a la posibilidad de incoar acciones de cumplimiento en razón de la calidad del deber público incumplido, el Consejo de Estado ha estimado que la ejecución de ciertas normas jurídicas no resulta ser, de igual manera, demandable en sede de acción de cumplimiento. Veamos cuál es el soporte de tal argumentación.

En lo que hace referencia a las normas constitucionales, la propia Corte Constitucional, en sentencia del 29 de abril de 1998, al haber declarado exequible una norma de la ley 393 de 1997 que limitaba el ejercicio de la acción de cumplimiento a las normas con fuerza material de ley y a los actos administrativos, tácitamente admitió que mediante dicho mecanismo judicial no pudiese exigirse la ejecución misma del Texto Constitucional. En igual sentido, en reiterada jurisprudencia, el Consejo de Estado ha sostenido que mediante la acción de cumplimiento no es

posible exigir la ejecución de ninguna norma de carácter constitucional. Entre otros argumentos, el juez administrativo ha venido sosteniendo que este tipo de normas, por su propia naturaleza, precisaban desarrollo legislativo⁷⁰, salvo algunas sobre derechos fundamentales cuya aplicación era inmediata.

Por nuestra parte, estimamos que tienen mayor asidero las consideraciones de algunos magistrados de la Corte Constitucional que salvaron su voto en la sentencia del 29 de abril de 1998, para quienes la ejecución de las normas constitucionales, de igual manera, podía ser invocada en sede de acción de cumplimiento. Al respecto, vale la pena traer a colación el siguiente aparte de la opinión disidente: «Así como las personas tienen un derecho constitucional a que se cumplan las leyes y actos administrativos, con mayor razón tienen un derecho a que la Constitución se cumpla efectivamente, pues ella es la norma de normas de nuestro ordenamiento. Sin embargo, con la presente ley, tenemos la paradoja de que la norma superior –la Constitución– carece de un mecanismo judicial para su realización mientras que disposiciones de menor jerarquía, como las leyes y los actos administrativos, sí son susceptibles de ser realizadas gracias a la acción de cumplimiento»⁷¹.

Así mismo, en lo que se refiere a las normas constitucionales mediante las cuales se reconocen derechos fundamentales, la Corte Constitucional, en sentencia del 29 de abril de 1998 sostuvo que no eran éstas invocables en virtud del artículo 87 de la Constitución, como quiera que: «La acción de cumplimiento no protege derechos fundamentales en forma específica». Esta posición fue retomada y desarrollada en la citada sentencia en los siguientes términos «La acción de cumplimiento esta orientada a

darle eficacia al ordenamiento jurídico a través de la exigencia a las autoridades y a los particulares que desempeñen funciones públicas, de ejecutar materialmente las normas contenidas en las leyes lo ordenado en los actos administrativos, sin que por ello deba asumirse que está de por medio o comprometido un derecho constitucional fundamental». De manera pues que el respeto por esta variedad específica de normas constitucionales que reconocen derechos fundamentales, debe intentarse mediante la acción de tutela en tanto que mecanismo específico, preferente, directo y sumario concebido por el constituyente para tal fin específico.

En este orden de ideas, la acción de cumplimiento se encamina a perseguir la ejecución de normas infraconstitucionales, sean éstas disposiciones con fuerza material de ley, actos administrativos de contenido general, así como actos administrativos de contenido particular y concreto que se encuentren investidos de fuerza ejecutoria, sin distinción alguna⁷². En tal sentido, el Consejo de Estado, en sentencia del 17 de junio de 1999⁷³, estimó que la procedencia de la acción de cumplimiento no podía limitarse a los actos unilaterales de la Administración, sino incluso debía abarcar aquellos de carácter bilateral, aclarando, por lo demás que, “debe tenerse en cuenta que los actos administrativos conservan su carácter unilateral aunque su expedición haya sido motivada por los particulares y aunque los efectos de los mismos sean bilaterales”⁷⁴.

Más allá de los actos bilaterales, el Consejo de Estado, en sentencia del 5 de agosto de 1999⁷⁵ entendió que la ejecución de convenciones colectivas de trabajo, de llegar a ser consideradas éstas como «verdaderas leyes en sentido formal», podría ser demandada en sede de acción de

cumplimiento, a condición, bien entendido, de que no exista otra vía judicial para hacer cumplir la misma.

En contrapartida, el juez administrativo, en sentencia del 9 de julio de 1999⁷⁶ consideró que la acción de cumplimiento no procede para demandar la ejecución de actos administrativos fictos o presuntos, ya que éstos «no reúnen las características exigidas por la Ley 393 de 1997 para ser objeto de la presente acción, como son el contener una obligación expresa, clara y exigible que haga posible el mandamiento de su cumplimiento».

Por último, conviene señalar que, de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, mediante la acción de cumplimiento únicamente puede demandarse la ejecución de normas jurídicas, mas no el reconocimiento de derechos de naturaleza legal. En otros términos, la acción de cumplimiento, llegado el caso, se encamina a lograr la efectividad y el respeto de los derechos legales existentes, cuya titularidad no sea objeto de disputa alguna⁷⁷. Así por ejemplo, en sentencia del 19 de febrero de 1998, en el asunto de la *Gobernación de la Guajira*, el juez administrativo estimó que «los actos administrativos cuyo cumplimiento se demanda no establecen en estricta técnica jurídica gastos públicos, sino que reconocen un derecho y ordenan el pago de una prestación, la cual deberá hacerse efectiva del presupuesto departamental»⁷⁸.

La posibilidad del cumplimiento del deber público

Un viejo aforismo latino reza: *Ad impossibilia nemo tenetur*. El derecho, como lo afirma el administrativista Nieto⁷⁹, se detiene ante lo imposible. En igual sentido, la acción de cumplimiento, que apunta a la ejecución de obligaciones de actuar, a

cargo de las autoridades públicas o de los particulares que ejerzan funciones públicas, depende de que la ejecución de éstas sea posible de realizar. Así, como lo sostiene Montoro Chiner, es la propia ley «la que provoca inactividad en muchas ocasiones o, mejor dicho, la que impide la actuación administrativa correcta, bien porque su ejecución se plantea imposible o, simplemente, deficiente». En tal sentido, la responsabilidad en la correcta ejecución de las leyes recae, en primer término, en el propio legislador, el cual debe adoptar normas jurídicas materialmente ejecutables, debiendo por tanto proveer adecuadamente los medios económicos y técnicos que posibiliten la ejecución material, por parte de la Administración, del texto legal.

Desde esta perspectiva, si acudimos a una interpretación histórica del artículo 87 de la Constitución Política, nos topamos con que los constituyentes de 1991 tuvieron en mente que la acción de cumplimiento sirviese en adelante como mecanismo para impedir que el Congreso continuase adoptando leyes de imposible cumplimiento.

Lo cierto es que en la práctica, la valoración, por parte del juez administrativo de la posibilidad o imposibilidad en la ejecución del deber público ha suscitado más de una polémica. Al respecto, conviene traer a colación la sentencia del 11 de diciembre de 1997, en el asunto de la *Sociedad de Acueducto y Alcantarillado de Barranquilla*, caso en el cual, para la mayoría de los miembros de la Sala, se estaba ante un deber de imposible ejecución, como quiera que «de las normas referidas se desprende la obligación de prestar un servicio público de buena calidad; sin embargo, tal afirmación debe estar supeditada a las posibilidades técnico-económicas con que cuenta la entidad para prestar el servicio, lo contrario sería exigir el cumplimiento de un imposi-

sible»⁸⁰. A contrario, para el consejero Hoyos Duque, apelando a los principios mismos del Estado social de derecho, el incumplimiento parcial en la prestación de un servicio público era tan solo un pretexto de la Administración Pública. En palabras del propio consejero disidente, «es cierto que la ley 142 de 1993 en el artículo 136 define el concepto de falla del servicio y el artículo 137 establece las reparaciones a que tiene derecho el suscriptor o usuario por dicha falla, pero tales reparaciones no garantizan el derecho constitucional y legal a la prestación permanente, continua y eficiente del servicio público de acueducto de la demandante. En mi opinión, el examen del caso concreto desde la perspectiva de la efectividad de los derechos que como principio fundamental pregonan el artículo 2 de la Carta Política, habría conducido a la Sala a acceder a la acción de cumplimiento»⁸¹.

II. ALGUNOS OBSTÁCULOS A LA EFICACIA DE LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO

A. LÍMITES JURISPRUDENCIALES AL CARÁCTER PÚBLICO DE LA ACCIÓN

De una interpretación exegética del artículo 87 de la Constitución se desprende que puede ser demandada en sede de acción de cumplimiento cualquier autoridad pública, sin distinción alguna, ya que, según un antiguo adagio jurídico, donde el legislador no ha discriminado, no es dable hacerlo al intérprete. Por el contrario, la citada norma constitucional no menciona, *expressis verbis*, a los particulares como posibles demandados en estos casos.

El artículo 4 de la ley 393 de 1997, por su parte, desarrolla ampliamente la mencionada disposición, prescribiendo que,

además, son titulares de la acción algunos servidores públicos como son, entre otros, el Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo, los Personeros Municipales y el Contralor General de la República, amén de las “organizaciones Sociales” y las organizaciones no gubernamentales.

Nótese que, a diferencia de la acción pública de inconstitucionalidad cuya titularidad está reservada a los ciudadanos colombianos, la acción de cumplimiento puede ser invocada no sólo por cualquier persona, sino además, por algunos funcionarios públicos y organizaciones privadas que velan por la preservación del interés general. Quiere ello decir que, mientras que la primera es considerada como el ejercicio de un derecho político, la segunda no posee tal carácter. En otros términos, la legitimación activa en sede de un mecanismo judicial de defensa de la integridad y supremacía constitucionales es relativamente *restrictiva*, tal y como lo ha entendido la propia Corte Constitucional en sentencia del 20 de junio de 1996⁸²; por el contrario, la legitimación activa resulta ser *extremadamente amplia* tratándose de una vía judicial tendente a garantizar la efectividad del principio de legalidad entendido en su acepción material.

Conviene así mismo señalar que la ley 393 de 1997 en su artículo 5, por su parte, establecía una importante limitante a la invocabilidad de acciones de cumplimiento contra autoridades públicas, toda vez que, según la mencionada disposición, aquélla únicamente procedía contra “autoridades administrativas”. Afortunadamente, la Corte Constitucional, en sentencia del 29 de abril de 1998 declaró inexecutable la expresión “administrativa”, que adjetivaba al término “autoridades”, por cuanto, en sentir de la Corte: «La acción de cumplimiento procede de modo general contra cualquier autoridad que incumpla la ley o un acto administrativo,

*sin que importe la rama del poder público a la cual pertenezca, y sin que pueda limitarse su ejercicio respecto de aquellas que tienen la calidad de administrativas*⁸³» (subrayado fuera de texto).

A pesar de esta interpretación amplia y progresista acordada por la Corte Constitucional a las normas sobre legitimación pasiva en sede de acción de cumplimiento, lo cierto es que el Consejo de Estado ha considerado que dicho mecanismo judicial resulta ser improcedente frente a la inactividad de los jueces de la República.

Por otra parte, en virtud del artículo 6 de la ley 393 de 1997, la acción de cumplimiento procede contra particulares que ejerzan una función pública. Al respecto, el Consejo de Estado ha entendido que incluso una autoridad pública puede instaurar esta acción contra un particular, a fin de que este último ejecute un acto administrativo. Así por ejemplo, en sentencia del 10 de marzo de 1999, el máximo tribunal de lo Contencioso Administrativo falló a favor de una Contraloría Municipal una petición encaminada a que se conminase judicialmente a una empresa de servicios públicos domiciliarios a acatar un reglamento sobre la vigilancia de la gestión fiscal⁸⁴.

El Consejo de Estado no ha elaborado, por lo demás, una construcción dogmática sólida, progresista y coherente acerca de “la existencia de un peligro grave e inminente para el accionante”, en tanto que desarrollo del principio de subsidiariedad. En contrapartida, algunas providencias dan cuenta de la aplicación de criterios jurisprudenciales que, so pretexto del mencionado principio, y apelando a interpretaciones exegéticas de la ley 393 de 1997, han restringido, de manera considerable, la legitimación activa en sede de acción de cumplimiento.

En concreto, hacemos alusión a una sentencia del 16 de julio de 1998, en el asunto *Nombramientos en el Ministerio de Relaciones Exteriores*⁸⁵, en la cual el juez administrativo, interpretando literalmente el inciso segundo del artículo 9 de la citada ley, concluyó que «la titularidad de la acción [de cumplimiento] sufre una modificación cuando quiera que el carácter subsidiario de ésta deba suspenderse ante la hipótesis del perjuicio grave e inminente. Dicho de otro modo, si bien la ley autoriza la preeminencia de la acción de cumplimiento sobre otros instrumentos judiciales en el evento del perjuicio grave e inminente, claro es también que ante la subjetividad que implica este perjuicio *la acción deba instaurarla el directamente afectado o sus causahabientes*. Bajo tales respectos la titularidad de la acción viene a experimentar una *restricción* que se apoya y justifica plenamente en dos aspectos fundamentales: el que su ejercicio implique el desplazamiento de otro instrumento judicial, vale decir, el erigirse temporalmente como una acción sustituta que por ende suspende su linaje subsidiario, y, el que el fin de esta acción sea primordialmente el de poner a salvo al actor de la ocurrencia de un perjuicio grave e inminente»⁸⁶ (subrayado fuera de texto).

Se desprende de lo anterior que, según el Consejo de Estado, cuando se intente una acción de cumplimiento como mecanismo transitorio, el demandante deberá acreditar un interés legítimo para ello. De tal suerte que un mecanismo judicial de carácter público se transforma, en determinados supuestos de hecho y por vía jurisprudencial, en una acción de carácter particular, contrariando así, abiertamente, el espíritu y la letra del artículo 87 de la Constitución.

B. TALANQUERAS PROCEDIMENTALES A LA EFICACIA DE LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO

Requerimiento previo para el ejercicio de la acción

Antes de presentar una demanda de acción de cumplimiento, la persona interesada deberá requerir a la autoridad pública, o al particular que ejerce funciones públicas, para que cumpla con el deber omitido. Esta constitución de la renuencia, como lo ha sostenido el Consejo de Estado, constituye un requisito de procedibilidad de la acción⁸⁷.

En este orden de ideas, si la autoridad pública se niega expresamente a ejecutar el deber legal (renuencia expresa) o no da respuesta a la solicitud en el término de 10 días hábiles (renuencia tácita), el interesado puede entonces acudir ante el juez contencioso-administrativo en sede de acción de cumplimiento⁸⁸. La filosofía que inspira al requerimiento previo es, por tanto, brindarle a la autoridad pública una última oportunidad para que cumpla con sus deberes de rango legal.

Sobre este tema de la naturaleza jurídica del requerimiento previo el Consejo de Estado ha dado algunas luces al respecto. Así, en sentencia del 14 de mayo de 1998, el máximo tribunal de lo Contencioso-Administrativo estimó que «el requerimiento para la constitución de renuencia, cuya consagración específica por el artículo 8 en cita no admite discusión, y en este sentido tiene entidad propia frente a otras figuras que pueden parecer semejantes, pero que resultan distintas, como el ejercicio del derecho de petición en interés general o en interés particular, o el de la denuncia, la queja o la querrela»⁸⁹.

Contenido de la solicitud de acción de cumplimiento

Del artículo 10 de la ley 393 de 1997 se desprende, como lo comenta Santofimio G., dos variedades de requisitos que debe cumplir la solicitud de acción de cumplimiento.

Por una parte, se precisa el cumplimiento de unos *requisitos formales*, tales como la indicación del nombre e identificación del lugar de residencia del demandante, así como la determinación de la autoridad pública demandada. Además, se debe aportar la prueba de la renuencia al cumplimiento del deber, salvo lo contemplado en la excepción consagrada en el inciso segundo del artículo 8 de la ley 393 de 1997, así como copia del acto administrativo incumplido⁹⁰. De igual manera, se precisa que el demandante solicite pruebas del incumplimiento y enuncie las que pretenda hacer valer durante el proceso. Como última condición, el demandante debe manifestar, bajo la gravedad de juramento, que no ha presentado otra solicitud invocando los mismos hechos y derecho ante otra autoridad judicial.

Aunque parezca una verdad de perogrullo, como lo sostuvo el Consejo de Estado, en sentencia del 11 de diciembre de 1997 en el asunto del *Instituto Ibaguereño de Deportes, Educación Física y Recreación, IBDER*⁹¹, es necesario que efectivamente exista un acto administrativo cuya ejecución se demanda.

Por otra parte, la solicitud de acción de cumplimiento debe cumplir con algunos *requisitos materiales*. En efecto, el demandante debe expresar la ley o acto administrativo general o particular que no ha sido ejecutado por la autoridad pública o por el particular que cumple funciones públicas. De igual manera, el demandante

debe explicar el contenido del incumplimiento o, lo que es lo mismo, hacer una narración de los hechos que constituyen, a su juicio, una omisión injustificada al cumplimiento de un deber público a cargo del demandado.

Juez competente

El artículo 87 de la Constitución establece que la acción podrá presentarse ante la “autoridad judicial”, omitiendo especificar el juez competente. La ley 393 de 1997 dispone, por su parte, que conocerán en primera instancia los jueces administrativos y la segunda instancia se surtirá ante el Tribunal Contencioso-Administrativo. A renglón seguido se precisa que, mientras estos jueces administrativos sean creados conocerán, en primera instancia, los Tribunales, y en segunda, el Consejo de Estado.

La Corte Constitucional consideró, en sentencia del 29 de abril de 1998⁹², que este reparto de competencias no resultaba ser contrario al Texto Fundamental, como quiera que el legislador contaba con la competencia para establecer tal distribución de funciones, en virtud de que el Congreso puede organizar el funcionamiento de la rama judicial. Además, en sentir del juez de constitucionalidad, el control de la administración, por su propia esencia, corresponde al juez administrativo.

Causales de improcedencia de la acción

Numerosas son las causales de improcedencia de la acción de cumplimiento que se desprenden, no sólo del articulado de la ley 393 de 1997, sino además de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y, en gran medida, de aquella del Consejo de Estado.

De allí que hayamos estimado necesario establecer una tipología de las mencionadas causales de improcedencia, cuya proliferación desmesurada atenta, a no dudarlo, contra la eficacia real de la acción de cumplimiento.

El ejercicio legítimo de una facultad administrativa

La acción de cumplimiento no procede cuando se esté ante el ejercicio legítimo de una facultad, por parte de una autoridad administrativa. En tal sentido, el Consejo de Estado, en sentencia del 20 de diciembre de 1998, en el asunto de la *Sociedad Fiba*, consideró que, en el caso en concreto, «La norma transcrita no consagra, y en verdad no podría consagrar, la *obligación* de la Superintendencia de Industria y Comercio de sancionar en todos los casos a las Cámaras de Comercio, sino sólo la *facultad* de hacerlo pero en el evento de que éstas sean renuentes al cumplimiento de sus funciones, pues la Superintendencia ejerce, como una *atribución*, su control y vigilancia»⁹³ (subrayado fuera de texto).

Quiero ello decir que, según la jurisprudencia del Consejo de Estado, el ejercicio de los poderes discrecionales de la Administración Pública constituye una talanquera para el demandante en sede de acción de cumplimiento. Tal aseveración amerita, a nuestro juicio, algunas reflexiones.

En primer término, el derecho comparado nos enseña que, al momento de cumplir con un deber público, las autoridades competentes cuentan con un cierto margen de maniobra, en tanto que manifestación de consideraciones de conveniencia en la adopción y ejecución de un acto administrativo. En consecuencia, los mecanismos judiciales diseñados para hacer frente a la inactividad de la administración pública

deben tener en consideración tal estado de cosas.

En segundo lugar, conviene señalar que la tendencia actual del derecho administrativo continental europeo apunta a reinterpretar la clásica diferencia entre poder discrecional y poder reglado de la administración pública, en el sentido de no entenderla como una relación de dos extremos antagónicos, o si se quiere, como nociones antitéticas. Por el contrario, la doctrina mayoritaria concuerda en señalar que no existen poderes absolutamente discrecionales o reglamentados, sino grados mayores o menores de discrecionalidad en el ejercicio de determinadas competencias administrativas. De tal suerte que el juez administrativo que esté conociendo de una acción de cumplimiento deberá evaluar, en el caso en concreto, el grado de discrecionalidad con que cuenta el demandado para cumplir con un deber público.

La ejecución de providencias judiciales

El Consejo de Estado, en sentencia del 2 de octubre de 1997, en el asunto *Solorza Acosta*, recurriendo a una interpretación bastante exegética del artículo 87 de la Carta Política, consideró que la acción de cumplimiento era improcedente para hacer efectiva la ejecución de sentencias judiciales, como quiera que «Lo primero que se advierte es que el artículo 87 de la Constitución Política consagra el derecho de toda persona de acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o de un acto administrativo y no de una *decisión judicial* que es lo que se busca en el presente caso»⁹⁴ (subrayado fuera de texto). Posteriormente, y continuando con la misma línea jurisprudencial, el Consejo de Estado, en sentencia del 29 de enero de 1998, estimó que «cabe señalar

que la acción de cumplimiento está dirigida exclusivamente a obtener el cumplimiento de normas aplicables con fuerza material de ley o actos administrativos y no de *sentencias judiciales*»⁹⁵.

En este estado de cosas, en los casos de inejecución de sentencias judiciales que condenen a la administración pública a ejecutar un deber de hacer, procede, únicamente, la acción de tutela, tal y como se desprende de la jurisprudencia de la Corte Constitucional. En efecto, el juez constitucional, en sentencia del 31 de julio de 1998⁹⁶, en el asunto del *Ministerio del Transporte*, estimó que «En lo que hace referencia al cumplimiento de sentencias judiciales por vía de tutela, esta Corte ha expresado que cuando lo ordenado en la providencia incumplida es una *obligación de hacer*, es viable lograr su cumplimiento por medio de la acción de tutela, pues los mecanismos consagrados en el ordenamiento jurídico no siempre tienen la idoneidad suficiente para proteger los derechos fundamentales que puedan verse afectados con el incumplimiento de una providencia. En cambio, cuando se trata del cumplimiento de *obligaciones de dar*, la ley ha previsto un mecanismo idóneo para lograr su cumplimiento, como es el proceso ejecutivo, cuya adecuada utilización garantiza el forzoso cumplimiento de la obligación que se pretende eludir, ya que pueden pedirse medidas cautelares, como el embargo y secuestro de los bienes del deudor y su posterior remate, para asegurar así el pago que se pretende evadir» (subrayados fuera de texto).

En suma, para el Consejo de Estado, el deber público que tienen determinadas autoridades de ejecutar una sentencia judicial no es invocable por la vía de la acción de cumplimiento, ya que la Constitución en su artículo 87 hace referencia expresa,

únicamente, a la posibilidad de demandar actos administrativos y leyes, mas no decisiones judiciales. A nuestro juicio, esta argumentación no resulta ser convincente, ya que indudablemente el efectivo cumplimiento de ciertas sentencias judiciales depende de que una autoridad pública cumpla efectivamente con un deber de actuación cuya fuente primaria es la ley y la propia Constitución.

Determinados actos de policía

Según un principio establecido desde sentencia del 30 de octubre de 1997 por el Consejo de Estado, en el asunto de las decisiones del *Consejo de Justicia de Bogotá*⁹⁷, existen ciertos actos de policía mediante los cuales la Administración, en ejercicio de poderes jurisdiccionales especiales otorgados por la ley, dirime una controversia entre particulares. Estos actos, afirma el juez administrativo, si bien son emitidos por una autoridad de orden administrativo, resultan ser de carácter jurisdiccional, y por ende, no susceptibles de ser invocados en sede de acción de cumplimiento. En otros términos, en estos casos nos encontramos ante una situación muy semejante a la que tiene ocurrencia en relación con las sentencias judiciales.

Las irregularidades procesales

A la par que las sentencias judiciales y determinados actos de la Administración de carácter jurisdiccional, la acción de cumplimiento es improcedente para hacer frente a las irregularidades que se cometan a lo largo de un proceso. En efecto, el Consejo de Estado, en sentencia del 13 de agosto de 1997, en el asunto *Galindo Roperó*, estimó que «por mandato constitucional esta acción, que es procedente

para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o de un acto administrativo, no fue instituida para corregir las irregularidades en que a juicio de las partes incurren los jueces en el trámite de los procesos judiciales y los estatutos de procedimiento consagran los recursos, incidentes y oportunidad para corregir las eventuales anomalías que pueden incurrir en el trámite, los cuales no pueden ser desplazados por la acción de cumplimiento»⁹⁸.

Sobre el particular deseamos poner de relieve que una de esas posibles irregularidades en las que incurren los jueces es la mora judicial, vale decir, un caso típico de inactividad administrativa. En tales situaciones, desde temprana jurisprudencia, la Corte Constitucional estimó que procedía la acción de tutela, ya que se trataba de una situación de violación flagrante del derecho constitucional fundamental al debido proceso, consagrado en el artículo 29 de la Constitución. En palabras del propio juez constitucional, «nada obsta para que por la vía de la tutela se ordene al juez que ha incurrido en dilación injustificada en la adopción de decisiones a su cargo que proceda a resolver o que observe con diligencia los términos judiciales»⁹⁹.

Así pues, si incluso estimamos que frente a tal incumplimiento de sus deberes, por parte de los jueces, no procede la acción de cumplimiento –lo cual no deja de ser harto discutible–, la vía indicada será la acción de tutela.

Reconocimiento y pago de prestaciones sociales

El Consejo de Estado ha estimado¹⁰⁰ que cuando se trate del reconocimiento y pago de prestaciones sociales resulta ser improcedente la acción de cumplimiento. Esto, por cuanto, según el juez administrativo,

para los fines del reconocimiento de un derecho laboral se cuenta con los procesos declarativos, vale decir, existen otros medios de defensa judicial; de igual manera, para lograr el cumplimiento de las obligaciones de pago de prestaciones sociales a cargo de la Administración y consignadas en actos administrativos, se cuenta con los procesos ejecutivos. De tal suerte que nos encontramos ante desarrollos del principio de subsidiariedad, el cual orienta la procedencia de la acción de cumplimiento.

Amén de estos argumentos, el Consejo de Estado ha considerado que en estos casos la acción de cumplimiento resulta ser improcedente, apelando para ello al inciso final del artículo 9 de la ley 393 de 1997, es decir, a la disposición legal que no permite incoar estas acciones judiciales cuando quiera que se pretenda la ejecución de normas que establezcan gastos. Al respecto es pertinente traer a colación el siguiente considerando que aparece recogido en sentencia del 17 de diciembre de 1998, a propósito del asunto *Adalgiza Mena y otros*: «La Sala no duda, en consecuencia, que la afiliación al Fondo prestacional cuyo cumplimiento pretenden los actores, implica necesariamente el cumplimiento del pago anticipado (numeral 5, decreto 196/95) de la quinta parte del pasivo prestacional, lo cual determina que la acción de cumplimiento sea improcedente, según los mandatos del parágrafo del artículo 9º de la ley 393 de 1997 [...] así, los demandantes expresamente no estén solicitando que el Municipio efectúe ese pago, porque la solicitud que hacen de la afiliación, como se vio, lo determina forzosamente»¹⁰¹.

Autoridad incompetente

La acción de cumplimiento es improcedente

cuando la autoridad pública demandada, o el particular que ejerce funciones públicas, son incompetentes, vale decir, no son destinatarios de un determinado deber público. Así lo estimó el Consejo de Estado, en sentencia del 19 de marzo de 1998, en el asunto de la *Aeronáutica Civil*, cuando negó una acción de cumplimiento intentada contra ésta, por cuanto dentro del ámbito competencial de la entidad no figuraba ejercer una función de vigilancia y control sobre la aviación militar, sino tan sólo una labor de «coordinación con la aviación civil»¹⁰².

La existencia de esta causal de improcedencia resulta ser un tanto obvia, pero estimamos que en la praxis puede llegar a conspirar fácilmente contra la eficacia de la acción de cumplimiento, como quiera que al ciudadano le resulta en ocasiones extremadamente difícil saber si la autoridad pública a la cual desea demandar es o no la competente. Esto por cuanto proliferan reglamentos internos y existe una dispersión de normas tal, que dificultan precisar si en un caso concreto la autoridad pública es o no la competente.

En este estado de cosas, estimamos que la autoridad pública demandada en sede de acción de cumplimiento, de llegar a carecer efectivamente de competencia, debería indicarle al demandante contra quién dirigir su petición.

Cosa juzgada

Abordar el tema de la cosa juzgada en sede de acción de cumplimiento nos conduce, indefectiblemente, a transcribir, parcialmente el artículo 7 de la ley 393 de 1997, que reza: «La sentencia que ponga fin al proceso hará tránsito a *cosa juzgada*, cuando el deber omitido fuere de aquellos en los cuales la facultad de la autoridad

renuente se agota con la ejecución del primer acto. Pero si el deber omitido fuere de aquellos cuyo cumplimiento pueda demandarse simultáneamente ante varias autoridades o en diferentes oportunidades en el tiempo, podrá volver a intentarse sin limitación alguna. Sin embargo, será improcedente por los mismos hechos que ya hubieren sido decididos y en el ámbito de competencia de la misma autoridad».

A nuestro juicio, esta disposición legal, que constituye un desarrollo del principio de la cosa juzgada material, tiene la virtud de tomar en consideración que existen, dentro de las omisiones imputables a las autoridades públicas o a los particulares que ejercen funciones públicas, diferentes variedades, y que por ende cada una merece un tratamiento jurídico distinto. A decir verdad, la norma legal en comento parte de la premisa de que la ejecución de algunos deberes públicos se agota con la adopción de un acto administrativo o con la concreción material de una conducta por parte de la Administración Pública; otros, por el contrario, precisan la expedición de diversos actos administrativos, seguida de una serie de actos materiales de ejecución.

De ahí que estimemos que la siguiente aseveración de la Corte Constitucional debería ser fuertemente matizada: «Entiende la Sala que el deber de cumplir una norma legal o un acto administrativo *no admite gradaciones*, esto es, la autoridad cumple o no cumple, y naturalmente, no cumple o incumple a medias; el incumplimiento es algo que debe ser apreciado dentro de la autonomía e independencia del juez para juzgar en el caso concreto»¹⁰³, vale decir, para nuestra Corte no tiene vigencia alguna la diferencia que proponemos entre deberes públicos de medio y deberes públicos de resultado.

Diferentes interpretaciones sobre la norma cuyo cumplimiento se demanda

El Consejo de Estado, en sentencia del 31 de octubre de 1997 en el asunto de la *Empresa de Energía de Bogotá*¹⁰⁴ estimó que la acción de cumplimiento era improcedente cuando quiera que se esté ante «diferentes interpretaciones sobre la norma que se pretende se cumpla», lo que significa, en últimas, que nos encontremos en presencia de un deber público indiscutible. De modo pues que, a la luz de tales consideraciones, la norma que consagra el deber público, y cuyo cumplimiento se demanda, no debe ser oscura o imprecisa, vale decir, no puede dejar un margen de maniobra al intérprete.

Por nuestra parte, somos de la opinión de que tal elaboración jurisprudencial resulta ser contraria al espíritu del artículo 87 de la Carta Política, por cuanto, en esencia, es semejante al inciso final del artículo 2 de la ley 393 de 1997, norma que fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional¹⁰⁵, y que rezaba: «En todo caso, la interpretación del no cumplimiento, por parte del juez o tribunal que conozca del asunto, será restrictiva y sólo procederá cuando el mismo sea *evidente*» (subrayado fuera de texto). Como se puede fácilmente colegir, el adjetivo “evidente” equivale a decir que la norma legal o el acto administrativo cuya ejecución se demanda, no admiten interpretación alguna.

En suma, a nuestro juicio, la elaboración pretoriana de esta variedad de causal de improcedencia de la acción de cumplimiento es contraria a la Constitución, por cuanto conduce, en la *praxis*, a que no puedan ser demandadas numerosas leyes y actos administrativos de contenido abierto que, por lo demás, son propias de un modelo de Estado Social de Derecho. Ciertamente, la

mayoría de las veces estas disposiciones se limitan a establecer un fin a alcanzar por el andamiaje estatal, o incluso por la sociedad, sin que por ello se establezcan claramente los medios para la consecución de los mismos.

Desaparición de la norma del mundo jurídico

La acción de cumplimiento es improcedente cuando se pretenda la ejecución de una norma que ha desaparecido del mundo jurídico, sea ésta una ley o un acto administrativo. Así, en sentencia del 29 de enero de 1998 en el asunto de la *Alcaldía de Zipaquirá*, el Consejo de Estado estimó que «la acción de cumplimiento tiene por objeto hacer efectivo el contenido de la ley o de un acto administrativo desconocidos por las autoridades, lo cual supone, obviamente, la existencia previa de la norma o acto cuyo cumplimiento se demanda [...] al desaparecer del ordenamiento jurídico el acto complejo integrado por la resolución de mayo 15 de 1996, la acción interpuesta por el señor Alvaro José Gracia Díaz resulta improcedente y, por lo tanto, debe negarse»¹⁰⁶.

Relaciones contractuales con la Administración Pública

El mecanismo judicial consagrado en el artículo 87 de la Constitución es improcedente para hacer efectivo el cumplimiento de obligaciones de origen contractual, así nos encontremos en el marco de la contratación administrativa, como quiera que se cuenta con otros mecanismos judiciales para que éstas sean ejecutadas. En tal sentido, el Consejo de Estado, en sentencia del 12 de febrero de 1998 en el asunto de la *Compañía Ingelétricos Ltda.* consideró

que se trataba de una relación meramente contractual y que «sólo la errada interpretación de las normas que cita en su apoyo y su pertinaz empeño en proseguir por ésta vía, le hace esperar inútilmente respuesta favorable a sus pretensiones¹⁰⁷».

Normas jurídicas manifiestamente contrarias a la Constitución

El Consejo de Estado ha interpretado el artículo 20 de la ley 393 de 1997 en el sentido de que para que prospere una petición de acción de cumplimiento no basta con que exista formalmente un acto administrativo o una ley, cuyo cumplimiento se demanda. Se precisa, además, que se trate de una norma jurídica conforme con el texto y el espíritu de la Constitución, so pena de contrariar abiertamente el principio de supremacía constitucional.

Sobre el particular, cabe traer a colación el siguiente extracto jurisprudencial de un fallo emitido por el Consejo de Estado, en el asunto de la *Comisión Nacional de Televisión*, y datado 19 de febrero de 1999: «Claro es que para propulsar la acción de cumplimiento no basta la simple existencia de un acto administrativo, toda vez que bien puede ocurrir que una persona suplique el cumplimiento de un acto administrativo carente de arraigo legal o constitucional, total o parcialmente, evento en el cual la demanda de cumplimiento no estaría llamada a prosperar por la potísima razón de que en nuestro Estado Social de Derecho no existe principio o mandamiento alguno que le permita a las personas derivar derechos de actos contrarios a la Constitución o a la ley»¹⁰⁸.

Consecuente con ello podemos afirmar que, el juez de acción de cumplimiento debe realizar dos variedades de juicios complementarios, a saber: por una parte, un examen

previo de la constitucionalidad de la ley o acto administrativo cuya ejecución se demanda, vale decir, un *juicio de validez* de la norma jurídica; por otra, el juez administrativo llevará a cabo un *juicio de eficacia* en torno a la misma, lo que significa evaluar empíricamente si la disposición normativa ha desplegado sus efectos en el mundo de los hechos.

Normas que establezcan gastos

Last but not least, el inciso final del artículo 9 de la ley 393 de 1997 reza: «La acción regulada en la presente ley no podrá perseguir el cumplimiento de normas que establezcan gastos». Se trata, sin lugar a dudas, de la más importante talanquera de orden legal existente para la invocación de este mecanismo judicial de rango constitucional. A decir verdad, difícilmente podremos comprender el contenido y alcance que posee actualmente la mencionada disposición si omitiésemos traer a colación la jurisprudencia tanto del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional en la materia.

Puestas así las cosas, conviene señalar que el Consejo de Estado, en sentencia del 29 de enero de 1998 en el asunto del *Contralor Departamental del Chocó*¹⁰⁹, interpretó la prohibición que recoge el inciso final de artículo 9 de la ley 393 de 1997, en un sentido restringido, aduciendo que tal interdicción se refería únicamente a los gastos decretados por el Congreso, las asambleas departamentales o los concejos municipales. De esta premisa el juez administrativo desprendió la conclusión según la cual una vez establecido el gasto, para poder exigir su ejecución debía encontrarse éste debidamente presupuestado, vale decir, se admitió en tales casos la procedencia de la acción de cumplimiento.

La Corte Constitucional, por su parte, en sentencia del 29 de abril de 1998¹¹⁰ declaró exequible el citado inciso final del artículo 9 de la ley 393 de 1997, aduciendo para ello varios argumentos complementarios.

En primer lugar, la Constitución no prohíbe al legislador imponerle ciertas restricciones al ejercicio de la acción de cumplimiento, como lo es precisamente la improcedencia del mecanismo judicial en casos de ejecución de normas que establezcan gastos.

En segundo lugar, las órdenes de gasto contenidas en las leyes, «por sí mismas, no generan constitucionalmente a cargo del Congreso o de la administración, correlativos deberes de gasto, lo que equivale a afirmar, a nuestro entender, que se está en presencia de un poder discrecional al momento de ejecutar los gastos que se encuentran debidamente presupuestados».

Por último, para la mayoría de magistrados que integran la Corte Constitucional, de autorizarse al juez de acción de cumplimiento para que el gasto previsto en una ley se incorpore en la ley de presupuesto o que la partida que se contemple en ella sea efectivamente ejecutada, se quebrantaría el sistema presupuestal diseñado por el Constituyente.

En contrapartida, para los magistrados que salvaron su voto resultaba evidente que la disposición de rango legal que consagraba la improcedencia de la acción de cumplimiento cuando se tratase de la ejecución de normas que establezcan gastos reducía «drásticamente el alcance del mandato superior y cambia su sentido, al punto de convertir la viabilidad del instrumento en algo excepcional [...] la acción de cumplimiento, por virtud del párrafo en mención y ahora merced al respaldo de la Corte Constitucional, ha sido desvirtuada y reducida a su mínima expresión».

En esta misma línea de pensamiento se inscribe, como no puede ser de otra manera, la siguiente aseveración lapidaria con la que culminan su escrito los magistrados disidentes: «Es lícito y constitucional el engaño a los gobernados, a quienes se ilusiona primero con leyes aprobatorias de gastos, se les desilusiona después con el incumplimiento de las mismas, y finalmente se les despoja del único mecanismo judicial del que los dotó el Constituyente para su defensa»¹¹¹.

Con posterioridad a este fallo del 28 de abril de 1998 de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado¹¹² dio un giro jurisprudencial a fin de inscribirse en la jurisprudencia poco progresista del juez constitucional en la materia. Así, en sentencia del 24 de junio de 1999 en el asunto de la *Lotería La Sabanera*¹¹³, el juez administrativo estimó que «la acción de cumplimiento es improcedente a tal propósito, en virtud del precitado párrafo del artículo 9 de la Ley 393 de 1997», vale decir, en adelante, para el juez administrativo ni siquiera procede la acción de cumplimiento para hacer ejecutar gastos que se encuentren incluidos en el presupuesto. Tesis que conduce a afirmar que el Congreso, las asambleas departamentales o los concejos municipales adoptan los respectivos presupuestos anuales y el Ejecutivo se abroga el derecho a ejecutar o no los gastos incluidos en aquél, por cuanto, según la Corte Constitucional, «Las órdenes de gasto contenidas en las leyes, por sí mismas, no generan constitucionalmente a cargo del Congreso o de la administración correlativos deberes de gasto»¹¹⁴.

Recursos

El artículo 16 de la ley 393 de 1997 expresamente dispone: «las providencias que se

dicten en el trámite de la acción de cumplimiento, con excepción de la sentencia, carecerán de recurso alguno, salvo que se trate del auto que deniegue la práctica de pruebas, el cual admite recurso de reposición».

Pues bien, la citada disposición ha sido objeto de interpretaciones disímiles por las diversas salas del Consejo de Estado. Unas, acudiendo a un método exegético han sostenido que frente al auto que rechaza la solicitud de cumplimiento no procede recurso alguno, como quiera que la ley no lo dispone *expressis verbis*¹¹⁵; otras, más sistemáticas, por remisión al artículo 232 del Código Contencioso Administrativo, han considerado que procede frente al auto inadmisorio de la demanda el recurso de apelación.

Esta polémica conoció un nuevo capítulo en auto del 6 de noviembre de 1997, cuando la Sala Tercera del Consejo de Estado terció en favor de la segunda interpretación mencionada, pero con base en una argumentación distinta. En efecto, para la Sala el auto que rechaza la solicitud de cumplimiento sí es susceptible de apelación por dos razones complementarias, a saber: por una parte, por tratarse de una acción de rango constitucional, deben arbitrarse los recursos judiciales necesarios para que la decisión del *a-quo* pueda ser debatida en segunda instancia; por otra, como desarrollo del derecho fundamental a acceder a la administración de justicia, la petición de cumplimiento debe culminar con una «decisión de fondo legal, razonada y justa, salvo que por carencia de requisitos mínimos no se pueda llegar a ella»¹¹⁶.

A MODO DE CONCLUSION

Primera. La acción de cumplimiento

colombiana no es una creación *ex novo* del constituyente colombiano de 1991, como quiera que esta institución procesal encuentra sus antecedentes tanto remotos como próximos en el derecho comparado. No obstante, estas importantes aportaciones de diversos ordenamientos jurídicos foráneos constituyen tan solo un *criterio auxiliar* para el operador jurídico colombiano, toda vez que se trata de instituciones procesales extranjeras que han evolucionado en el marco de sistemas jurídicos distintos. Así pues, la acción de cumplimiento es una institución procesal que goza de plena autonomía conceptual, y por ende, su contenido y alcance deben ser precisados a la luz de los principios fundamentales que orientan el texto constitucional de 1991.

Segunda. Es indudable que la reglamentación de la acción de cumplimiento tomó como base el desarrollo legal y jurisprudencial de la acción de tutela. Esta situación se refleja en la terminología misma que emplea el texto legal (*vgr.* perjuicio irremediable, subsidiariedad, etc.). A nuestro juicio, esta falta de originalidad tiene como inconveniente crear una cierta confusión con el mecanismo judicial destinado a proteger los derechos constitucionales fundamentales, en especial, en aspectos esenciales como la aplicación del principio de subsidiariedad.

Tercera. La Corte Constitucional partió de una premisa equivocada, cual es pretender que la autoridad competente simplemente cumple o no con su deber, en términos absolutos. Lo cierto es que las normas de un Estado Social de Derecho, por su propia esencia, imponen a las autoridades públicas deberes públicos de contenido extremadamente abierto, *inter alia*, “velar”, “promover”, “garantizar” y “propender”. A nuestro juicio, el juez

constitucional se basó en una lógica propia del derecho civil de las obligaciones de hacer, mas no en aquella inherente a los deberes públicos de hacer. En otros términos, la Corte Constitucional cometió el mismo yerro en el que ha incurrido con suma frecuencia el Consejo de Estado al equipar un deber público con un título ejecutivo de obligación de hacer.

Cuarta. En líneas generales, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido extremadamente rígida, poco progresista, lo que hace improcedente, con suma frecuencia, las peticiones de acción de cumplimiento. De allí que este mecanismo judicial no haya conocido desarrollos tan impresionantes como su congénere: la acción de tutela.

Quinta. Un mecanismo judicial avanzado como lo es sin duda la acción de cumplimiento ha debido hacer frente a enormes barreras jurisprudenciales y a un cuestionable desarrollo legal que, en últimas, han conducido a desnaturalizarla.

ALEJANDRO RAMELLI ARTEAGA
Departamento de Derecho Constitucional
Universidad Externado de Colombia

1. Vide H. FIX-ZAMUDIO. *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*. México: UNAM, 1982, p. 89.

2. R. ALLEN. *Mandamus, quo warranto and prohibition*. The University of Illinois Law Forum, 1960, p. 102. Ver igualmente, F. NERINCY. *L'organisation judiciaire aux Etats-Unis*. París, 1909, p. 105.

3. F. H. LAWSON. *Remedies of English Law*. Londres: Ed. Middlesex, 1972, p. 265.

4. C. A. ALLEN. *Las fuentes del derecho inglés*. Trad. Antonio Ortiz García. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1966, título preliminar de la obra.

5. J. J. SANTA PINTER. *Sistema de derecho anglosajón*. Buenos Aires: Depalma, 1956, p. 30.

6. M. A. AHUMADA RUIZ. "El certiorari. Ejercicio discrecional de la jurisdicción de apelación por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos". *REDC*, N° 44, mayo-agosto, 1994, p. 100.

7. R. BIELSA. *Derecho administrativo*. 4ª ed., Buenos Aires: El Ateneo, 1947, Tomo I, p. 250.

8. *Ibid.*, p. 251.

9. UNITED STATES SUPREM COURT. *Goodrich v. Guthrie* (1854). En F. SHERWOOD. "Mandamus to review state administrative action". *Michigan Law Review* (december, 1946) p. 125.

10. F. SHERWOOD. *Op. Cit.*, p. 126.

11. H. FIX-ZAMUDIO. *Op. Cit.*, p. 90.

12. G. BIDART CAMPOS. "Las omisiones inconstitucionales en la novísima Constitución de Rfo Negro". *El Derecho*, boletín del 8/10/88, N° 7095.

13. Vide A. BLAUSTEIN y G. FLANZ. *Constitutions of the countries of the world*. New York: Oceana, 1989, p. 44.

14. *Ibid.*, p. 567.

15. *Ibid.*, p. 39.

16. J. CHEVALLIER. "L'interdiction pour le juge administratif de faire acte d'administrateur". *AJDA* (février, 1972) pp. 67-89.

17. J. BARTHÉLEMY. "Sur l'obligation de faire ou de ne pas faire et son exécution forcée dans le droit public". *RDP* (1912) pp. 505-527.

18. *Ibid.*, p. 511.

19. J. CHEVALLIER. *Op. Cit.*, p. 81.

20. CONSEIL D'ÉTAT. 22 de marzo de 1961, *Leb.*, p. 204.

21. J. GOURDOU. "Les nouveau pouvoirs du juge administratif en matière d'injonction et d'astreindre. Premières applications de la loi du 8 février 1995". *RFDA* (mars-avril) 1996, pp. 333-349.

22. *Ibid.*, p. 334.

23. A. NIETO GARCÍA. "La inactividad de la administración y el recurso contencioso-administrativo". *RAP*, N° 37 (enero-abril, 1962) pp. 75 y ss.

24. Vide M. GÓMEZ PUENTE. *La inactividad de la administración*, Madrid: Aranzadi, 1997.

25. *Ibid.*, pp. 172-173.

26. *Ibid.*, p. 174.

27. Vide N. OSUNA. *Tutela y amparo. Derechos protegidos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 30.

28. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia del 29 de abril de 1998, Acciones públicas de inconstitucionalidad contra los artículos 1º (Parcial), 2º Inciso Segundo, 3º (Parcial), 5º (Parcial), 9º Parágrafo, y contra toda la Ley 393 De 1997, "Por la cual se desarrolla el artículo 87 de la Constitución Política". Actores: Francisco Cuello Duarte, Luis Alonso Colmenares Rodríguez, Jorge Leyva Valenzuela, Franky Urrego Ortiz, Luis Carlos Zamora Reyes, Jaime Enrique Lozano Zamudio, Jorge Enrique

Burgos Martínez y Hector García García. Magistrados ponentes: Antonio Barrera Carbonell y Hernando Herrera Vergara.

29. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sentencia del 2 de septiembre de 1999, asunto del *Municipio de Itagüí*, Consejero Ponente: Orjuela Góngora. Actora: Luz Stella Echavarría Mejía y otra. Demandado: Municipio de Itagüí. En palabras del propio Consejo de Estado: «En el presente evento se le endilga precisamente a la autoridad municipal su omisión o falta de gestión frente al mandato protector que en materia de espacio público entraña la Carta Política, y en lo pertinente, la ley 9 de 1989 y el acuerdo 104 de 1990 del Concejo de Itagüí. Normas ellas que a la luz del problema planteado se traducen en una reivindicación de la ley 472 de 1998, esto es, en el rescate del pretendido espacio público, de cuyo amparo sólo pueden dar noticia cierta y exclusiva las acciones populares que la parte actora debería privilegiar».

30. CONSEJO DE ESTADO. Sección Quinta. Sentencia del 11 de diciembre de 1997. Consejero: Luis Eduardo Jaramillo Mejía. Demandado: Rector de las Unidades Tecnológicas de Santander. Demandante: Pedro Pablo Pulido.

31. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso-administrativo. Auto del 6 de noviembre de 1997. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque.

32. En palabras del propio Consejo de Estado, «aunque el escrito presentado por el accionante no sea muy ortodoxo pues más se asimila a una diatriba en contra de la justicia que a la exposición razonable y ponderada de los argumentos que lo llevan a disentir de la decisión del tribunal, la Sala considera que su escrito cumple con los requisitos de la impugnación, respecto de la cual no es necesario siquiera exponer las razones de inconformidad», *Cfr.* CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso-administrativo. Sentencia del 17 de junio de 1999, asunto del *acuerdo suscrito con los reclusos de la Penitenciaría Nacional de Picareña*. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque. Actor: Víctor Augusto Polanía Rodríguez.

33. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 18 de febrero de 1999. Consejera Ponente: Dolly Pedraza.

34. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 29 de enero de 1998. Consejero ponente: Juan Alberto Polo. Actor: Contralor General del Departamento del Chocó. Demandado: Gobernador del Chocó.

35. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 13 de febrero de 1998. Consejera Ponente: Mariela Vega de Herrera.

36. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 17 de junio de 1999.

37. J. O. SANTOFIMIO. *Tratado de derecho administrativo*, Tomo I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 360.

38. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia del 5 de diciembre de 1997. Actor: Luz Marina Gutiérrez Bravo. Demandado: Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá.

39. *Ibidem*.

40. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia del 29 de abril de 1998, C-157/98. Magistrados Ponentes: Antonio Barrera Carbonell y Hernando Herrera Vergara.

41. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia del 30 de julio de 1998, T-386-98. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz. Actor: Oscar Arboleda Giraldo. Demandado: Dirección General Marítima.

42. I. DE OTTO. *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*. Barcelona: Ariel, 1987, p. 44.

43. A. PÉREZ-LUÑO. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 3ª ed. Madrid: Tecnos, 1990, p. 183.

44. A. E. HOWARD DICK. “Les droits et la Constitution. La protection judiciaire des droits sociaux en droit constitutionnel américain”. *Révue Française de Science Politique*, Vol. 40. Nº 2 (1990) p. 50.

45. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ. *Curso de derecho administrativo*. Tomo I, 4ª ed. Madrid: Civitas, 1986, p. 423.

46. *Ibidem*.

47. M. GÓMEZ PUENTE. *La inactividad de la administración*. Madrid: Aranzadi, 1997, p. 49.

48. LUCIANO PAREJO. *El concepto de derecho administrativo*. Ed. Jurídica Venezolana, 1984, p. 278, citado por J. O. Santofimio, *Op. Cit.*, p. 61.

49. Santofimio, *Ibidem*, p. 61.

50. Sobre este tema ver: M. A. AHUMADA. “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas”. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Nº 8 (enero 1991) pp. 169-194.

51. Sobre el particular se recomienda la lectura de la siguiente sentencia: CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 5 de agosto de 1999. Consejero Ponente: Germán Rodríguez Villamizar. Demandado: Empresa Coomotor Ltda.

52. Hacemos específicamente alusión al siguiente fallo: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Constitucional. Sentencia del 4 de agosto de 1981, acción pública de inconstitucionalidad contra la ley 5 de 1979, Magistrado ponente: Manuel Gaona Cruz. Actores:

Lus Amalia Peña Tovar y otros. *Gaceta Judicial*, N° 2405.

53. A. MORTATI. "Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore". En *Il Foro Italiano*, 1970, p. 153, citado por M. A. AHUMANDA. "El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas". *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N° 8 (enero-abril 1991) p. 170.

54. *Ibidem*.

55. M. J. MONTORO CHINER. "La inactividad administrativa en el proceso de ejecución de las leyes. Control jurisdiccional 'versus' fracaso legislativo". *RAD*, N° 110 (mayo/agosto 1986) p. 264.

56. M. Gómez P. *La inactividad de la administración*. Pamplona: Aranzadi, 1997, p. 117. La magistral obra del profesor español Gómez Puente constituye una valiosa herramienta para los diversos operadores jurídicos nacionales que han venido laborando con este nuevo y complejo mecanismo judicial, consagrado en el artículo 87 de la Constitución Política colombiana, y cuyo fin último es precisamente hacerle frente al patológico y perverso fenómeno de la inactividad de las autoridades públicas. Se colma así, *de facto*, un vacío importante que aqueja a la dogmática iuspublicista colombiana que, dicho sea al pasar, ha centrado su atención en el estudio y análisis de otras acciones de rango constitucional como es el caso de la acción de tutela, y en menor medida, las acciones populares y de grupo o *class actions* de origen anglosajón.

Desde esta perspectiva conviene señalar que la obra del profesor Gómez, en primer término, aborda el examen del problema de la inactividad de la administración desde la óptica misma de los principios y valores que inspiran al Estado social de derecho. Seguidamente el autor nos propone una original e interesante tipología de las omisiones de las autoridades públicas, distinguiendo para ello entre inactividades reglamentaria, formal singular y material. A continuación, y como consecuencia lógica y directa de la clasificación propuesta, se examina en profundidad el apasionante tema de los mecanismos de prevención, control y sanción judiciales de los diversos supuestos teóricos de inactividad administrativa.

57. A. NIETO G. "La inactividad material de la Administración: veinticinco años después". *DA*, N° 208, (abril-diciembre 1986) pp. 11-64.

58. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 13 de febrero de 1998. ACU-141-98. Consejero Ponente: Delio Gómez

Leyva. Actor: Diego Rodríguez Mora contra la Registraduría Municipal del Estado Civil. «La acción de cumplimiento prevista en el artículo 87 de la Constitución Política tiene como finalidad proporcionar a toda persona la oportunidad de exigir que las autoridades públicas y los particulares, cuando actúen o deben actuar en ejercicio de funciones públicas, cumplan el mandato de la ley o lo previsto en un acto administrativo, a fin de que el contenido de éste o aquella, tengan *concreción en la realidad*, y no quede su vigencia real y efectiva supeditada a la voluntad particular de la autoridad pública encargada de su ejecución» (subrayado agregado).

59. J. FERRET JACAS. *El control jurisdiccional de la inactividad administrativa. Estudios sobre el Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial*. Barcelona, 1985.

60. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia del 29 de abril de 1998, C-158-98, *Acciones Públicas de inconstitucionalidad contra los artículos 1° (parcial), 2° inciso segundo, 3° (parcial), 5° (parcial), 9° parágrafo, y contra toda la Ley 393 de 1997, "Por la cual se desarrolla el artículo 87 de la Constitución Política"*. Magistrados Ponentes: Antonio Barrera Carbonell y Hernando Herrera Vergara. Actores: Francisco Cuello Duarte, Luis Alonso Colmenares Rodríguez, Jorge Leyva Valenzuela, Franky Urrego Ortiz, Luis Carlos Zamora Reyes, Jaime Enrique Lozano Zamudio, Jorge Enrique Burgos Martínez y Héctor García García. *Gaceta Constitucional*.

61. En tal sentido, resulta pertinente traer a colación las siguientes consideraciones del Consejo de Estado en torno al poder reglamentario del presidente de la República: «La potestad reglamentaria constitucionalmente atribuida al Presidente de la República para la cumplida ejecución de las leyes no se reduce o tiene como limitante su ejercicio con respecto a las leyes en sentido formal u orgánico, sino que dicha potestad comprende todas las leyes, entendidas dentro de una concepción material de las mismas y, por tanto, a las incorporadas en cualquier clase de códigos, salvo aquellas cuya aplicación corresponda exclusivamente a las autoridades jurisdiccionales». CONSEJO DE ESTADO. Sección Primera. Sentencia del 11 de marzo de 1994. Acción de nulidad contra el decreto 0768 de 23 de abril de 1993, por el cual se reglamentan los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo y el artículo 16 de la ley 38 de 1989. Magistrado Ponente: Libardo Rodríguez Rodríguez. Actor: Olid Larrarte Rodríguez. Expediente N° 2432.

62. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 16 de octubre de 1997. Consejero Ponente: Manuel S. Urueta Ayola. Actor: Pedro Pablo Camargo.

63. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 19 de febrero de 1998. Consejero Ponente: Libardo Rodríguez R. Actor: Rafael Guillermo Castro Caicedo y otro. Demandado: Instituto de Seguros Sociales.

64. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia del 29 de abril de 1998. Acciones públicas de inconstitucionalidad contra los artículos 1º (parcial), 2º inciso segundo, 3º (parcial), 5º (parcial), 9º Parágrafo, y contra toda la ley 393 de 1997, “Por la cual se desarrolla el artículo 87 de la Constitución Política”. Actores: Francisco Cuello Duarte, Luis Alonso Colmenares Rodríguez, Jorge Leyva Valenzuela, Franky Urrego Ortiz, Luis Carlos Zamora Reyes, Jaime Enrigue Lozano Zamudio, Jorge Enrique Burgos Martínez y Héctor García García. Magistrados Ponentes: Antonio Barrera Carbonell y Hernando Herrera Vergara.

65. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 4 de diciembre de 1997. Magistrado ponente: Ricardo Hoyos Duque. Actor: Fundesa. Demandado: Alcalde de Barrancabermeja.

66. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Mariela Vega de Herrera. Actor: Isajak Shaikh Diaz. Demandado: Unidad Administrativa Especial Liquidadora de Asuntos del ICT.

67. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 22 de enero de 1998. Consejero ponente: Joaquin Jarava del Castillo. Actor: Luder Enrique Jerez Cortes. Demandado: Secretaría de Educación de Bogotá.

68. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 9 de octubre de 1997. Consejera ponente: Dolly Pedraza de Arenas. Actor: Asociación Colombiana de Exportadores de Papa” Expopapa. Demandado: Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

69. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 22 de enero de 1998, *Cit.*, nota 68.

70. Al respecto, conviene traer a colación el siguiente aparte jurisprudencial: «La Sala advierte que no procede la solicitud de cumplimiento respecto del artículo 103 de la Constitución Política pues de conformidad con lo dispuesto en el 87 de la misma Carta, y en la ley 393 de 1997 artículos 1 y 8, la

acción de cumplimiento está prevista para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo. Esta expresión tomada en su sentido exacto y lógico implica que tanto la ley como el acto administrativo deben contener mandatos de imperativo cumplimiento en forma directa e indirecta. De contrario las normas constitucionales requieren desarrollo legal para su aplicación salvo el caso de los derechos fundamentales cuya aplicación inmediata se haya ordenado”, en CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia del 27 de marzo de 1998. Consejero ponente: Daniel Manrique Guzmán. Actor: Fundación Nacional de Egresados del SENA, FUNDESENA. En el mismo sentido el Consejo de Estado ha sostenido que «En sentir de la Sala, los requisitos mínimos exigidos para que salga adelante una acción de cumplimiento: a) Que la obligación que se pida hacer cumplir esté en Ley en Acto Administrativo, lo cual excluye de su fundamento las normas de la Constitución Política, que por lo general consagran principios y directrices». CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 6 de noviembre de 1997. Magistrada ponente: Clara Forero de Castro. Actor: Ingrid Fortich Herrera. Demandado: Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias.

71. CORTE CONSTITUCIONAL. Salvamento de voto de la sentencia C-157 de 1998, que resuelve las demandas de varios ciudadanos contra varios artículos de la ley 393 de 1997, «Por la cual se desarrolla el artículo 87 de la Constitución Política». Magistrados disidentes: Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero.

72. En palabras del propio Consejo de Estado: «Para la Sala es claro que la acción de cumplimiento está destinada a lograr la eficacia real de los actos administrativos investidos de fuerza ejecutoria sin distinción alguna. De tal manera, que igualmente opera para lograr el cumplimiento efectivo tanto de actos de carácter general, impersonal y abstracto, como de actos de contenido prescrito por el precitado artículo 87 de la Constitución, de la ley que lo desarrolla». CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 19 de febrero de 1998. Consejero Ponente: Juan de Dios Montes Hernández. Actor: María Idalides Plata de Brugés contra la Gobernación de la Guajira.

73. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 17 de junio de 1999. Asunto del acuerdo suscrito con los reclusos de la Penitenciaría Nacional de Picalaña. Consejero

Ponente: Ricardo Hoyos Duque. Actor: Víctor Augusto Polanía Rodríguez.

74. *Ibidem*.

75. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 5 de agosto de 1999. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque.

76. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 9 de julio de 1999. Consejero Ponente: Germán Ayala Mantilla.

77. Al respecto, ver por ejemplo: CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Mariela Vega de Herrera. Actor: Isajak Shaikh Diaz. Demandado: Unidad Administrativa Especial Liquidadora de Asuntos del ICT.

78. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 19 de febrero de 1998. Consejero Ponente: Juan de Dios Montes Hernández. Actor: María Idalides Plata de Brugés contra la Gobernación de la Guajira.

79. Vide A. NIETO. *Derecho administrativo sancionador*. Madrid: Tecnos, 1993.

80. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 11 de diciembre de 1997. Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández. Actor: Marlis Arrieta Barrios, Demandado: Sociedad de Acueducto y Alcantarillado de Barranquilla.

81. CONSEJO DE ESTADO. Salvamento de voto del consejero Ricardo Hoyos Duque. *Ibidem*.

82. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia del 20 de junio de 1996. C-275/96. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo. En este fallo la Corte estimó que «ni las personas jurídicas privadas ni las públicas –como los departamentos, los distritos y municipios o las entidades descentralizadas– pueden acudir a la Corte Constitucional para pedir que una determinada norma sea declarada inexecutable».

83. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia del 29 de abril de 1998. *Cit*.

84. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 10 de marzo de 1999. Consejero Ponente: Augusto Rodríguez.

85. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 16 de julio de 1998. Consejero Ponente: Carlos A. Orjuela Góngora. Demandado: Ministerio de Relaciones Exteriores. Demandante: Doroteo Lafaurie Guerrero.

86. *Ibidem*.

87. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 19 de febrero 19 de 1998 ACU-147-98. Consejero Ponente: Carlos A.

Orjuela Góngora. Actor: Víctor Augusto Polanía Rodríguez. Demandado: Director de la Cárcel de Pereira «para la procedibilidad de la acción de cumplimiento es requisito indispensable que el accionante previamente haya reclamado el cumplimiento del deber legal o administrativo, y que la autoridad se haya ratificado en su incumplimiento o no contestado dentro del término allí señalado».

88. En tal sentido, el Consejo de Estado ha sostenido que «La Ley 393 quiso rodear de ciertas formalidades la solicitud que se dirige ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para buscar el cumplimiento de actos administrativos o normas con fuerza de ley. Una de ellas es la llamada renuencia de la autoridad a cumplir con el acto o norma. Se trata de especie de “vía gubernativa”, sin cuyo agotamiento no es posible que el juez adquiera competencia para conocer de la acción de cumplimiento, salvo cuando el actor está en peligro inminente de sufrir un perjuicio irremediable [...] el interesado debe reclamar el cumplimiento del deber legal o administrativo con miras a interponer la acción de cumplimiento, si el reclamo no es atendido. La autoridad respectiva puede expresamente ratificar el incumplimiento, esto es, negarse a cumplir la norma o el acto con base en las razones que a bien tenga; o tácitamente se le considera renuente si en los diez días hábiles siguientes a la presentación de la petición de cumplimiento para constituir renuencia, no da respuesta alguna». CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Sentencia del 18 de diciembre de 1997. Consejero Ponente: Juan Alberto Polo. Actor: Orlando Guevara. Demandada: Inspección 15 de Policía Distrital, Barranquilla.

89. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 14 de mayo de 1998. Consejero Ponente: Juan Alberto Polo.

90. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 26 de febrero de 1998. ACU-165-98. Consejero Ponente Luis Eduardo Jaramillo Mejía. Actor: Carlos Pérez. Demandado: Alcalde Mayor de Santafé de Bogotá, D.C. «Del inciso 2 del artículo 10 de la ley 393 de 1997 puede deducirse, que en este caso al haber señalado el demandante en el libelo introductorio de la acción, como normas no aplicadas por la autoridad demandada el Acuerdo 18 de 1989 y el Decreto Distrital 446 de agosto 14 de 1990, debió acompañar con la demanda copia de los mismos, por tener el carácter de actos administrativos, lo que no se hizo».

91. Al respecto, el Consejo de Estado sostuvo que debe existir realmente un acto administrativo: «Como

bien lo expresó el Tribunal, la referida acta no puede tenerse como acto administrativo, toda vez que éste es la manifestación unilateral de la voluntad del Estado, encaminada a producir efectos jurídicos [...] el acuerdo interpartes, materializado en el acta de entrega de los escenarios deportivos, no tiene el carácter de acto administrativo, no habiendo acto administrativo cuyo cumplimiento pueda ordenarse a través de la acción constitucional, la acción es improcedente». CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda. Sentencia del 11 de diciembre de 1997. Consejera Ponente: Dolly Pedraza de Arenas. Actor: Instituto Ibaguereño de Deportes, Educación Física y Recreación, IBDER, contra la Junta Administradora Seccional de Deportes del Tolima.

92. En palabras de la propia Corte: «No puede resultar exótico que el legislador haya determinado que la jurisdicción de lo contencioso administrativo es la competente para conocer y tramitar las acciones de cumplimiento, en la forma prevista por las normas acusadas, más aún si se tiene en cuenta: a) que el artículo 87 no especifica la autoridad judicial competente para conocer de la acción de cumplimiento; b) que el señalamiento de la competencia es un elemento integral del debido proceso; c) que corresponde al legislador ordinario expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas; d) que el legislador está facultado para determinar tanto la organización como el funcionamiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, como las competencias que se deben asignar a los órganos o corporaciones que la conforman, y e) que no puede desconocerse que a la administración se le han asignado una serie de cometidos de naturaleza administrativa, que conllevan necesariamente la ejecución de la ley y de los actos que se dicten en desarrollo de ésta, y que constitucionalmente el control de la actividad de la administración corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo».

93. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 20 de diciembre de 1998. Consejera Ponente: Clara Forero de Castro. Demandante: Sociedad Fiba. Demandada: Superintendencia de Industria y Comercio.

94. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección tercera, sentencia del 2 de octubre de 1997, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque, Actor: Roberto Adonías Solorza Acosta. Demandado: Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá.

95. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 29 de enero de 1998.

Consejero Ponente: Ernesto Rafael Ariza Muñoz. En igual sentido, ver: CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 12 de febrero de 1998. Consejero Ponente: Nicolás Pájaro Peñaranda. Actor: Andrés Umaña Rojas. Demandado: Alcaldía de Usaquén. En esta providencia, el juez administrativo consideró que: «Para la Sala es incuestionable que la naturaleza de la decisión contenida en la providencia proferida por la Alcaldía Local de Usaquén [...] es del orden jurisdiccional. En efecto, se advierte de su contenido, que allí se estableció una obligación clara (de hacer, o mejor “de demoler”), expresa y exigible, traducible eventualmente en dinero, según el valor de su costo, si tuviere que llevarla a cabo la administración o un juez de la república. Es decir, materialmente aquella providencia es de carácter jurisdiccional y sin que ello sea determinante, la Sala no puede dejar de poner de presente que, además, está revestida con la formalidad sustancial con que la ley ordena expedir las sentencias judiciales, pues su parte resolutoria está precedida de las palabras “...administrando justicia en nombre de la República por autoridad de la ley” (artículo 55 de la ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia). En consecuencia, tal como la Sección Tercera resolvió la acción de cumplimiento radicada bajo el número ACU-042, en caso similar, mediante la sentencia de fecha 30 de octubre de 1997, esta Sala igualmente concluye que por no tratarse de una ley o de acto administrativo (artículo 1º ley 393 de 1997), la providencia del 14 de julio de 1995 de la Alcaldía Local de Usaquén no puede ser objeto de esta acción de cumplimiento, debiendo revocarse la sentencia apelada».

96. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia del 31 de julio de 1998, T-392-98. Acción de tutela interpuesta por Pedro Góez Pico contra el Ministerio de Transporte. Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz.

97. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso-Administrativo, sentencia del 30 de octubre de 1997, Consejero Ponente: Daniel Suarez. Demandado: Consejo de Justicia de Bogotá.

98. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 13 de agosto de 1997. Consejero Ponente: Javier Diaz Bueno. Actor: Pedro José Galindo Roperro contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

99. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia del 1 de octubre de 1992, C-543/92. Demandas de inconstitucionalidad contra los artículos 11, 12 y 25 del decreto 2591 de 1991. Actores: Luis Eduardo Mariño

Ochoa y Alvaro Palacios Sánchez. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo,

100. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 19 de febrero de 1998. Consejero Ponente: Juan de Dios Montes.

101. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 17 de diciembre de 1998. Consejero Ponente: Nicolás Pájaro Peñaranda. Actor: Adalgiza Mena Mena y otros. Demandado: Alcalde de Bojayá (Chocó).

102. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 19 de marzo de 1998. Consejero Ponente: Mario Alirio Méndez. Demandado: Aeronáutica Civil. En palabras del propio Consejo de Estado, «el objetivo de esa unidad administrativa, según el artículo 3 de este decreto, es garantizar el desarrollo de la aviación civil y al determinarse su jurisdicción y competencia en la misma norma se dispuso que, como autoridad en materia aeronáutica en todo el territorio nacional, a dicha unidad le competen regular, administrar, vigilar y controlar el uso del espacio aéreo colombiano por parte de la aviación civil. En relación con la aviación del Estado sólo se le señalaron funciones de coordinación de las relaciones entre la aviación civil y la aviación militar».

103. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia del 29 de abril de 1998. *Cit.*

104. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 31 de octubre de 1997. Consejero Ponente: Delio Gómez Leyva. Actor Empresa de Energía de Bogotá contra la Contraloría de Santafé de Bogotá.

105. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia del 29 de abril de 1998. *Cit.*

106. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 29 de enero de 1998. ACU-035-98. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque. Actor: Alvaro José Gracia Díaz. Demandado: Alcaldía de Zipaquirá.

107. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 12 de febrero de 1998. ACU-157-98. Consejero Ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros. Actor: Compañía Ingelétricos Ltda. contra el Tesorero Distrital de Barranquilla.

108. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 18 de febrero de 1999. Consejero Ponente: Carlos A. Orjuela Gongora. Demandante: Jorge Alirio Murillo Franco, IMELEC Ltda. Demandado: Comisión Nacional de Televisión.

109. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 29 de enero de 1998.

Consejero Ponente: Juan Alberto Polo. Demandante: Contralor del Departamento del Chocó contra el Gobernador del Chocó.

110. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia del 29 de abril de 1998. *Cit.*

111. CORTE CONSTITUCIONAL. Salvamento de voto de los magistrados Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández y Vladimiro Naranjo Mesa a la sentencia del 29 de abril de 1998, *Cit.* nota 65, *supra*.

112. El cual, como hemos visto, venía sosteniendo una tesis progresista en materia en lo que atañe a la procedencia de acciones de cumplimiento contra normas jurídicas que establezcan gastos

113. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 24 de junio de 1999. Consejero Ponente: Juan Alberto Polo Figueroa. Demandante: Lotería La Sabanera. En sentido semejante ver CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 22 de abril de 1999. Asunto del Municipio de Providencia. Consejero Ponente: Orjuela Góngora. Demandante: Alcaldía Municipal de Providencia, Isla. Demandado: Gobernación del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina. En este fallo, el juez administrativo consideró que «En el presente evento el municipio de Providencia impetra el giro de las transferencias municipales contempladas en la ley 47 de 1993, en desarrollo del artículo 310 de la Constitución. Igualmente el pago de las transferencias de que trata la ley 1 de 1972 y la ejecución de la Ordenanza 028 de 1998 de la Asamblea Departamental del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina en lo concerniente a participación en las regalías petrolíferas. Ahora bien, como quiera que la parte demandada excepciona aduciendo la improcedibilidad de la acción a términos del parágrafo del artículo 9º de la ley 393 de 1997, conviene traer a colación lo expuesto por la Corte Constitucional, que a este respecto ha dicho [...] Con arreglo a las anteriores directrices resulta suficientemente clara la improcedencia de la acción incoada por el municipio de Providencia, que a todas luces se encauzó hacia el cumplimiento irrestricto de normas y disposiciones administrativas contentivas de gastos. En otras palabras, los pedimentos formulados no guardan consonancia con el parágrafo del artículo 9 de la ley 393 de 1997».

114. En igual sentido, el Consejo de Estado, en un reciente fallo estimó: «Pues bien, el asunto en cuestión se contrae a la exigencia de una suma reconocida en favor de la entidad demandante, que según se aprecia, de una parte muestra con toda

justicia el derecho que obra en cabeza de ésta, y de otra, la ostensible improcedibilidad de la acción al tenor de lo previsto en el artículo 9 de la ley de cumplimiento. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 26 de agosto de 1999. Consejero Ponente: Carlos A. Orjuela Góngora. Actor: Hospital San Vicente de Paul de Nemocón. Demandado: Instituto de Seguros Sociales.

115. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 19 de febrero 19 de 1998. ACU- 159-98. Consejero Ponente: Miren de la Lombana de Magyaroff. Actor: FONPRENOR. Demandado: CAJANAL. «Contra las providencias

proferidas en el trámite de las acciones de incumplimiento, sólo caben los siguientes recursos: el de impugnación contra los fallos producidos por la autoridad que conoce primeramente de la acción, en los términos previstos en el artículo 26 de la ley en cita. El recurso de reposición contra el auto que deniegue pruebas. En estas condiciones se concluye que la ley no prevé recurso alguno contra el auto que rechace la demanda, por lo que el interpuesto en su contra resulta improcedente y por lo mismo debe rechazarse».

116. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Auto del 6 de noviembre de 1997. *Cit.*

