

LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO

Comentarios a las limitaciones de su ejercicio

*Si el siglo XIX fue el de los parlamentos, el siglo XX
es el de la Justicia Constitucional*
Mauricio Capelleti

Gilberto Augusto Blanco Z.*

Resumen

La normativa constitucional fue generosa en la consagración de algunas acciones tendientes a convertir las declaraciones superiores en realidades asibles y no simplemente en postulados retóricos, lo que supone que ya los poderes públicos no se reservarán el derecho de cumplir o no con las obligaciones que las normas jurídicas les impongan.

Palabras clave: Acción de cumplimiento, omisión, administración, tutela.

Abstract

The constitutional norm was extremely generous when consecrating some actions pointing at converting superior declarations into actual realities and not just in rhetorical postulates. This supposes that public powers have not reserved for themselves the right to accomplish or not with the duties that juridical norms impose them.

Key words: Court order, Omission, Administration, Tutelage.

Fecha de recepción: 28 de enero de 2003

* Abogado egresado de la División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte.

PRESENTACIÓN

Continuando con la concisa, pero ilustrada aproximación que sobre el tópico ya había realizado esta misma plaza el profesor Wilson Herrera Llanos, al tratar el punto de las acciones constitucionales, nos atrevemos a complementar ese atinado estudio pero en el ámbito de una herramienta concreta, a saber, la acción de cumplimiento.¹

Como la máxima expresión del principio de la eficacia que gobierna todas las actuaciones de los poderes públicos, se comprometió en verdad la Carta del 91 con dicho postulado. En razón de ello, fue amplio el Texto Fundamental en la consagración de algunos medios de defensa al servicio de toda persona.

Dichas herramientas podemos clasificarlas dentro de nuestro marco constitucional en dos grandes tipos de acciones, unas tendientes al amparo de los derechos, como se trata del *habeas corpus*, la tutela, las acciones populares y de grupo, así como también las acciones derivadas de la responsabilidad patrimonial del Estado, por la causación de daños antijurídicos, entre otras. Igualmente, encontramos unos medios específicos de protección del control de constitucionalidad, y en defensa del ordenamiento mismo. Entre éstas tenemos la acción de inexecuibilidad (Art. 40 y 241 de la Constitución), la excepción de inconstitucionalidad (Art. 4 C.N.), la acción de nulidad, de que conoce el Consejo de Estado en razón de la competencia residual que tiene esa Corporación en relación con la Corte Constitucional, y por último la acción de cumplimiento. Esta última constituye –repetimos– el tema de análisis del cual nos ocuparemos a continuación.

El objeto de dicha acción es, al decir del doctor Edgardo Villamil Portilla, lograr que se acate una regla de derecho en vigor.²

Evidentemente, la acción de cumplimiento se perfila como un remedio ante la negligencia del aparato estatal que por las múltiples funciones de su labor operativa demanda; ello se traduce en una evidente inactividad que frecuentemente raya en una incuria manifiesta por parte de los poderes públicos.

¹ LLANOS HERRERA, Wilson, Título II de la Constitución: De las acciones protectoras de los derechos. *Revista de Derecho*, No 13, p. 148. Barranquilla, Universidad del Norte.

² VILLAMIL PORTILLA, Edgardo, *Teoría Constitucional del proceso*. Santa Fe de Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 1999, p. 843.

Citando las lecturas del profesor Alejandro Nieto, «es unánime la doctrina al señalar que la inactividad de la Administración se puede presentar de dos maneras. Formal y material. La primera es la que se presenta en el ejercicio de una petición o de un procedimiento administrativo. Es la simple no contestación a una petición de los particulares, mientras que la segunda, es decir, la inactividad material, incluye el simple concepto material de la omisión, el no hacer. Esta última forma de inactividad es objeto de nuestro estudio».³

Así las cosas, forzoso es entrar a adecuar en cuál de las omisiones comunes de la administración se encuadra la acción de cumplimiento, lo que no requiere de mayores elucubraciones mentales para determinar que ésta se encuadra dentro del concepto de inactividad material.

Ahora, como antecedente histórico de la institución que se viene comentando, algunos la relacionan con el *writ of mandamus*, también llamado mandamiento de ejecución, por virtud del cual se compelia a una autoridad, en nombre del Rey, a que cumpliera con una disposición legal o reglamentaria.

En el caso colombiano, este medio de ataque procesal vino a cobrar su verdadera dimensión en nuestro ordenamiento con el actual Código Constitucional, que lo consagró expresamente en su artículo 87. En cuanto a los antecedentes inmediatos de la acción de cumplimiento, es preciso remontarse a los debates sostenidos en la Asamblea Nacional Constituyente, donde el delegatario Juan Carlos Esguerra en la Comisión Primera de la Asamblea Constituyente afirmó: «*En el Estado Social de Derecho uno de los postulados esenciales es el del respeto por la ley, el de la vigencia de la ley, el del imperio de la ley. Las leyes no pueden seguir siendo diagnósticos, no pueden seguir siendo sueños, no pueden seguir siendo buenas intenciones, no pueden seguir siendo románticas declaraciones. Una ley es por definición una norma jurídica de obligatorio cumplimiento, entonces lo que estamos haciendo aquí es expresar eso, porque no podemos seguir construyendo carreteras a base de decir que se ordenen carreteras, pero siquiera permitir la posibilidad, para mí inimaginable de que la ley pueda seguir siendo algo que el Congreso decreta, pero que el Ejecutivo se reserva el derecho de cumplir o no cumplir, según considere que es conveniente, oportuno, o financieramente viable, me parece absolutamente inaceptable*».⁴

³ NANCLARES TORRES, Manuel Ricardo, *Acciones de Cumplimiento Ambiental*, 1995, p. 13.

⁴ Tomado de la Sentencia de la Corte Constitucional C=1571.998. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

1. FUNDAMENTO NORMATIVO

1.1. Fundamento constitucional

Como el más claro cimiento ontológico de la institución bajo examen, dispone el artículo 2º de la Carta: *«Son fines esenciales del Estado: Servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios y deberes y derechos consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política administrativa y cultural de la Nación, defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo».*

De la misma manera, merced a la preceptiva de que trata el canon 87 ibidem, *«Toda persona, podrá acudir ante la autoridad, para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o de un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente, el cumplimiento del deber omitido».*

1.2. Fundamento legal

El primer antecedente que se conoce en nuestra legislación sobre la acción de cumplimiento se remonta al consagrado en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, la cual aparecía formulada como una acción tendiente al resarcimiento de perjuicios que hubiere tenido su fuente en un hecho de la administración sin que mediase la existencia previa de un acto administrativo.

Se estableció entonces como un apéndice a la acción de reparación directa, que estipulaba que la persona que acreditara interés podría pedir directamente el restablecimiento del derecho, la reparación del daño, **el cumplimiento de un deber que la administración elude**, o la devolución de lo indebidamente pagado cuando la causa del perjuicio sea un hecho, o un acto administrativo de difícil prueba.⁵

Sin embargo, esa misma norma fue reformada por el decreto N° 2304 de 1989, que suprimió la parte relativa a que la jurisdicción administrativa pudiera ordenar a la administración el cumplimiento del deber omitido.

⁵ BETANCURT JARAMILLO, Carlos, *Derecho Procesal Administrativo*. Señal Editora, p. 26.

Con posterioridad a ello, y estando vigente la Constitución del 91, se dictó la ley 388 de 1997, que vino a modificar la Ley de Reforma Urbana, la cual reguló de manera especial algunos aspectos de la acción de cumplimiento.

Finalmente, y ya desarrollando realmente la nueva Codificación Constitucional, se expidió la ley 99 de 1993, con la cual se reglamentó dicha acción pero aplicable a un campo restringido, a saber, los asuntos ambientales.

Así, y con esos primeros e incipientes antecedentes, se decidió el legislativo a diseñar un verdadero Estatuto, que consultara el espíritu con que se consagró dicha acción constitucional. De manera que el 29 de julio de 1997 el Congreso de la República expidió la ley 393 de 1997, mediante la cual se desarrolló el artículo 87 de la Constitución.

2. ASPECTOS PROCESALES PARA DESTACAR Y LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY 393 DE 1997

Bien es sabido que apenas se inicia entre nosotros y, aun más, dentro de las mismas facultades de derecho, el estudio procedimental de las archinominadas acciones públicas. Ello, por cuanto normalmente su estudio consulta más su fuente y efecto constitucional y se descuida la valía que las acciones públicas tienen en el trámite ordinario de los asuntos que regulan, y que por ello no soporta más el soslayo de las instituciones académicas, que reclaman su obligatorio estudio.

En este orden, nuestra intención es hacer algunas precisiones sobre este aspecto, para lo cual imperioso será subrayar –SE INSISTE– los elementos de mayor relevancia en la normativa de la ley 393 del 97. Lo anterior con un estudio paralelo que habrá de hacerse en relación con el juicio de constitucionalidad de que ya fue objeto dicha norma por el máximo intérprete de la Carta.

El primer cargo que se formuló cuando se demandó la norma en cita, por resultar presuntamente violatorio del Código Político, se fundó en que la ley 393 de 1997 quebrantó el artículo 152 de la Constitución, teniendo en cuenta que éste ha debido tramitarse como ley estatutaria y no como ordinaria, pues en el sentir de los demandantes, la acción de cumplimiento está instituida con el propósito de proteger derechos fundamentales.

En relación con este primer punto, la Corte fue categórica al rechazar el cargo: «La acción de cumplimiento está 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 y lo ordenado en los actos administrativos, sin que por ello deba asumirse que está de por medio o comprometido un derecho constitucional fundamental».⁶

2.1. Objeto y Principios de la Ley

Su razón jurídica no es otra que la ordenada en el Texto Constitucional, consistente en la facultad de solicitar el cumplimiento de una norma con fuerza material de ley o acto administrativo. Entre los principios que ilumina su trámite se encuentran: La oficiosidad, la publicidad la eficacia, gratuidad, economía y la prevalencia del derecho sustancial. Igualmente, disponía la última parte del artículo: «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».

Sobre el punto en mención señala el doctor Edgardo Villamil Portilla: «Como dijimos, el inciso 2° del artículo 2° ha establecido la interpretación con efecto útil, en el sentido de restringir o limitar al máximo la posibilidad de que el Juez niegue el cumplimiento de la ley o el acto administrativo. Esta forma de interpretar no es extraña en nuestro sistema jurídico, pues se conoce en el derecho privado como la teoría del efecto útil de las disposiciones contractuales, de modo que un acto jurídico debe interpretarse de modo tal que produzca un efecto jurídico, prefiriendo esta percepción a aquella que niegue todo efecto».⁷

Respecto a esta última parte, también acusada, es lo primero anotar que las reglas de hermenéutica no tienen ni podrán tener el mismo alcance en materia contractual que dentro de una normativa cualquiera, y mucho menos si del derecho público se trata; de manera que no tenía el Tribunal de los asuntos constitucionales opción diferente que la de declarar la inexequibilidad de dicho aparte de la norma, por cuanto su contenido normativo desconoce abiertamente, en nuestra opinión, y así lo hizo ver la Corte, el artículo 223 fundamental, que predica el sagrado postulado de la independencia judicial.

⁶ Gaceta Jurisprudencial. Jurisprudencia Guía Legislativa, abril de 1998, p. 122.

⁷ VILLAMIL PORTILLA, *op. cit.*, p. 848.

Al respecto manifestó esa alta Corporación: «Igualmente la norma acusada en cuanto impone la anotada restricción al Juez, condiciona y limita la actividad de Juzgamiento de éste, hasta el punto de que al analizar la situación de incumplimiento de la autoridad desatienda el principio de la prevalencia del derecho sustancial que adquieren especial relevancia constitucional [...] De otra parte, atiende la Sala que el deber de cumplir una norma legal o un acto administrativo no admite graduación, 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».⁸

2.2. Competencia

La competencia para conocer de las acciones de cumplimiento quedó radicada en primera instancia en los jueces administrativos con domicilio en el lugar del accionante. En segunda instancia conocerán igualmente el Tribunal Administrativo al cual pertenezca el Juzgado Administrativo. Obviamente, la norma advierte en un párrafo transitorio que mientras entran en funcionamiento los jueces administrativos, en primera instancia conocerá el Tribunal Administrativo y en segunda el Consejo de Estado.

2.3. Legitimación por activa y por pasiva

Por tratarse de una verdadera acción pública, ésta puede ser ejercida por cualquier persona, así mismo por los servidores públicos, las organizaciones sociales y las organizaciones no gubernamentales.

En cuanto a la legitimación por pasiva, vale la pena hacer un pequeño paréntesis, teniendo en cuenta que el artículo 5° ejusdem dispuso que el cumplimiento será exigido a la autoridad «**administrativa**» a que le corresponda la observancia del mandato normativo.

Preciso es anotar que tanto el texto del Art. 3° como del 5° fueron demandados, el primero porque lo determinó la jurisdicción competente y el 2°, debido a que se estableció que sólo era exigible el cumplimiento a las «**Autoridades Administrativas**». De estos dos cargos, el primero fue rechazado, pues estimó el Colegiado Constitucional que no es cierto que el espíritu del constituyente fuere dejar al resorte de cualquier autoridad jurisdiccional el conocimiento de la acción de cumplimiento. Tanto es así que ya el legislador con la expedición de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia,

⁸ Gaceta Jurisprudencial, p. 124.

había fijado en su artículo 197 que la Jurisdicción Administrativa conocería de esta clase de acciones.

No se llegó sin embargo al mismo colofón en cuanto al estudio del otro cargo. Así, manifestó la Corte:

No ofrece duda a la Sala que, conforme a esta disposición, y a lo preceptuado en el ordenamiento superior, la acción de cumplimiento tiene como destinatario o sujeto pasivo procesal, a la autoridad renuente en general, en el cumplimiento de la ley o el acto administrativo.

En efecto, una interpretación armónica de las disposiciones antes mencionadas conduce a que 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 tengan la calidad de administrativas.⁹

Por ello, entonces, hubo la necesidad de declarar la inexecutable de la expresión «**administrativa**». Distinta interpretación a la realizada por esa Corporación excluiría *per se* la posibilidad de que el órgano Legislativo, Judicial, y creemos que también los Organismos de Control, resultaran ser en un momento dado sujetos pasivos de la acción de cumplimiento.

Por último, el artículo siguiente de la reglamentación que se viene comentando, al regular la acción en comento contra particulares, no hizo cosa distinta que reconocer la amplitud del concepto de Autoridad en el área administrativa, conforme a lo estatuido en el Art. 1° del C.C.A., pues no son ciertamente las ramas del poder público las únicas encargadas de los menesteres públicos.

2.4. Caducidad

Por regla general, dicha acción, conforme al artículo 7° de la ley 393 del 97, puede interponerse en cualquier tiempo sin que en principio exista término de caducidad para ello; y la razón nos parece obvia, toda vez que la exigencia a la autoridad de cumplir o hacer cumplir un mandato legal no tiene límite en el tiempo para hacerlo exigible.

⁹ Sent. Ibidem.

Sin embargo consideramos que si respecto de la norma sobre la cual se pide su cumplimiento ya hubo un pronunciamiento que declarara inexecutable o ilegal, según sea el pronunciamiento que en su caso haya proferido el Juez Constitucional o Administrativo, la acción ya estaría caducada por falta de objeto, y en consecuencia no tendría carril procesal diferente el Juzgador de Conocimiento que el de rechazar de plano la demanda.

Es de advertir que la sentencia que resuelva de mérito hará tránsito a cosa juzgada –PERO– por tratarse de un solo acto en el que la autoridad se mostró renuente a acatar. No obstante, cuando este deber sea culminado con actuaciones sucesivas, y cuyo cumplimiento corresponde a varias autoridades, la norma inteligentemente previó tal situación, para lo cual dispuso que en dichas circunstancias, la acción podrá intentarse ilimitadamente sin que haga de suyo tránsito a cosa juzgada.

3. IMPROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO

Tres situaciones previó la ley en la que se regularon las causales de improcedencia de esta acción.

1. En primer lugar, esto ocurre cuando lo que se persiga sea la protección de derechos que son de tal naturaleza que pueden ser amparados con la acción de tutela, evento en el cual se adecuará oficiosamente por el Juez dicha solicitud, al trámite previsto para el recurso de amparo, de conformidad con el decreto 2591 del 91 y demás decretos reglamentarios. Al respecto ha dicho el Consejo de Estado: *«El fenómeno deberá suscitarse, a juicio de la Sala, cuando sucedan dos requisitos: que el asunto esté aún en primera instancia y no se haya dictado sentencia y que haya evidencia de la violación o de la amenaza de la violación de un derecho fundamental. El primer requisito se fundamenta en la necesidad de salvaguardar el debido proceso que incluye el derecho a las dos instancias [...] El segundo requisito mira hacia el fondo de la controversia en cuanto a los hechos esgrimidos para intentar de manera errada la acción de cumplimiento...»*¹⁰

En relación con esta primera causal de improcedencia tuvo a bien hacerlo el Tribunal Administrativo del Atlántico, en un caso ahí tramitado en que los accionantes, quienes figuraban como desmovilizados de la Corriente de Renovación Socialista, a quienes el Gobierno Nacional les había desconocido unos acuerdos, mediante la presentación de esta acción solicitaron su cumplimiento.

¹⁰ C.E, Sección Tercera, Sent. ACU=56 Dic. 11 de 1997. C.P. Luis Fernando Olarte Olarte.

Acertadamente consideró el Tribunal que por la evidente amenaza que pesaba sobre algunos derechos fundamentales como la paz, había la necesidad de adecuar el trámite al de la acción de tutela, como en efecto se hizo, y se dispuso finalmente tutelar los derechos amenazados y, en consecuencia, ordenar al Gobierno Nacional, a través de la Red de Solidaridad Social, gestionar en el término máximo de 30 días los créditos a que está comprometido con los accionantes.¹¹

2. La segunda causal de improcedencia mantuvo la misma línea que tiene la acción de tutela, en el sentido de que se vino a caracterizar esta acción también por tener un carácter subsidiario y residual, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio grave e inminente para el accionante.

Surge sin embargo, en concepto del profesor Edgardo Villamil Portilla, la obligación de reflexionar sobre si subsisten las acciones de cumplimiento previstas en normas anteriores, pues éstas serían también otros medios de defensa judicial. Parece que, ciertamente, esos medios quedaron derogados por la ley 393 del 97, pues se produjo una derogatoria orgánica al regularse íntegramente la materia, según lo regló expresamente el artículo 32 ejusdem, amén que aparece también una derogatoria tácita, si se tiene en cuenta que el procedimiento previsto en leyes anteriores resulta contrario al previsto en la nueva reglamentación.¹²

Lo anterior en armonía con el artículo 3° de la ley 153 de 1887, que reza: **«Estímase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del Legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regule íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería».**

3. En la parte final del artículo 9° de la ley en comento se estableció el siguiente párrafo: *«La acción regulada en la presente ley no podrá perseguir el cumplimiento de normas que establezcan gastos».*

Fue realmente, a nuestro juicio, un verdadero contrasentido haber consagrado la improcedencia de las acciones respecto de normas que establezcan gastos. De ser ello así, como en efecto quedó finalmente normado, desnaturaliza —SE ENFATIZA— la esencia de la acción de cumplimiento, haciéndola

¹¹ Tribunal Administrativo del Atlántico. Exp. 1.999-2709-00C. M.P. Luis Eduardo Cerra.

¹² Ibidem.

en la práctica nugatoria. Ello condujo a convertir una norma constitucional de tipo abierto en una norma cerrada, que extralimita la real interpretación por vía de autoridad que le corresponde al legislador, en los términos del artículo 25 del Código Civil.

Por eso, infortunadamente la Corte Constitucional, al pronunciarse sobre la constitucionalidad de la norma, declaró como ajustado al ordenamiento superior el contenido del precepto mencionado. En este orden, manifestó la alta Colegiatura: «Las órdenes de gastos contenidas en las leyes, por sí mismas no generan constitucionalmente a cargo del Congreso o de la Administración, correlativos deberes de gasto» (...)

El artículo 347 de la Carta Política, en punto a las apropiaciones del presupuesto, precisa que en ellas se contiene la totalidad de los gastos que el Estado pretenda realizar durante la vigencia fiscal respectiva. De ninguna manera se deriva de la Constitución el deber a la obligación de gastar, aun respecto de las apropiaciones presupuestales aprobadas por el Congreso.

«En el marco de la acción de cumplimiento, facultar al Juez para que el gasto previsto en una ley se incorpore en la ley de presupuesto o que la partida que en ésta se contemple se ejecute, quebranta el sistema presupuestal diseñado por el Constituyente, lo mismo que el orden de competencias y los procedimientos que lo sustentan...»¹³

Es por esto que no dudamos en adherir al salvamento de voto que, con un verdadero compromiso con el espíritu de la institución garante de la efectividad legislativa en todos sus órdenes, pero por sobre todo, fundada en una sana interpretación sistemática de la Constitución, que además consulta los dictados de la hermenéutica, realizaron los magistrados disidentes de la Sala Mayoritaria de la decisión. Se dijo, entonces, en manifestación que *in extenso* ahora transcribimos:

Basta leer el artículo 87 de la Constitución para verificar que la limitación introducida por el Legislador lo vulnera, y de manera ostensible, pues mientras aquél contempla un mecanismo orientado a hacer que se cumplan las leyes y actos administrativos en todos los campos, de manera general y sin exclusiones de ningún tipo, la norma de menor jerarquía entra a distinguir donde no lo hizo el constitu-

¹³ Sent. Corte Constitucional Ejudsem. El subrayado no es del texto.

yente y hace improcedente la acción, sin fundamento constitucional alguno, cuando se trate de gastos.

Es evidente que la norma legal disminuye 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.

No compartimos el argumento. En primer lugar, nada establecido dentro del sistema instituido en 1991 limita la acción de cumplimiento en los términos concebidos por la disposición acusada. En segundo lugar, una cosa es interpretar sistemáticamente preceptos constitucionales existentes y otra muy distinta excusarse en tal método para forzar el sentido de la normatividad, creando proposiciones que, por hacerlos inocuos, contrarían los mandatos del Constituyente, estableciendo reglas constitucionales que no existen...»¹⁴.

Con todo, por lo menos dentro de la Jurisprudencia Administrativa, ha ido siendo un poco reconducida la idea con que ha de interpretarse el párrafo del artículo 9º de la ley 393 de 1997, según se expuso en sentencia de fecha febrero 11 de 1999, avalada posteriormente por esa misma Corporación. Consideró el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo que, de todos modos, no siempre que el cumplimiento de una ley o de un acto administrativo que presuponga una erogación presupuestal, resultará improcedente por esta vía, si se tiene en cuenta que las más de las veces las conductas exigibles de las autoridades directa o indirectamente conllevan una erogación.¹⁵

4. TRÁMITE

4.1. Diligencias previas

Creemos que en verdad el artículo 8º, de la reglamentación que se viene comentando, instituyó una verdadera VÍA GUBERNATIVA, como requisito de procedibilidad de la acción, pues dispuso la norma que, con el propósito

¹⁴ Salvamento de Voto. Sentencia Ibidem. Magistrados Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández y Vladimiro Naranjo Mesa. La negrilla es nuestra.

¹⁵ Sent. Consejo de Estado. Junio 15 de 2000. C.P. Alier Hernández Henríquez.

de constituir la renuencia de la autoridad, se exige que el actor haya reclamado el cumplimiento de la regla y que la autoridad se haya ratificado en su incumplimiento o que no hubiere contestado dentro de los 10 días siguientes.

Es por ello que antes de avocarse el conocimiento del asunto por el Funcionario Judicial, debió allegarse prueba de los requerimientos, so pena de rechazo de la demanda.

4.2. Contenido de la solicitud

Amén de los requisitos generales exigidos en el artículo 10 *ibidem*, en armonía con lo ordenado en el canon 75 de la ley de enjuiciamiento civil, se encuentran para destacar los siguientes.

- Copia de la norma de la que se exige su cumplimiento, siempre que se trate de actos administrativos, pues si es una ley, sabemos que el Juez está obligado a conocer las normas con vigencia en todo el territorio nacional, y por lo tanto sólo es necesario citarlas. Ahora, tratándose de actos administrativos verbales, basta con la prueba sumaria de éstos.
- Narración de los hechos contentivos del incumplimiento. Consiste sin duda alguna este requisito en lo que se conoce dentro del procedimiento administrativo como *CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN*.

Ahora, por no ser necesario que el sujeto activo de la acción sea cualificado, la solicitud, que es una verdadera demanda, podrá presentarse por cualquier persona, aun menor de edad y hasta en forma verbal.

4.3. Admisión y traslado de la demanda

El Juez Administrativo dispondrá de 3 días para avocar el conocimiento del asunto, donde podrá inadmitir o rechazar la demanda de cumplimiento. El primer evento ocurre cuando el escrito no reúne los requisitos de que trata el Art. 10 de la ley 393 de 97, circunstancia en la cual tiene la parte actora un término de 2 días para corregirlo. El rechazo, por el contrario, ocurrirá siempre que la solicitud no hubiere sido corregida en el término de ley.

Ahora, de encontrarse satisfechos todos y cada uno de los requisitos formales, la demanda se admitirá, y de inmediato ha de notificarse personalmente de la acción a la parte demandada, y de no ser posible, por

cualquier otro medio expedito y eficaz que garantice el derecho de defensa, a fin de que el extremo pasivo de la litis se allane a la demanda, conteste, o que, de estimarlo pertinente, aporte las pruebas que tenga en su poder o que solicite las que pretenda hacer valer.

Trabada la litis, previó el artículo 15 la posibilidad de ordenar el cumplimiento inmediato, llamada a ser dicha figura una especie de sentencia anticipada que habrá de dictarse por el Juez que observe una evidente violación de un derecho, como consecuencia de la ley o de un acto administrativo. *Contrario sensu*, el órgano judicial que conozca del caso podrá también dar por terminado el proceso mediante auto que no admite recurso, siempre que la autoridad contra la cual se dirige la acción hubiere desarrollado la conducta exigida en la ley o el acto administrativo.

Parece haber transportado el Legislador en este evento la figura incorporada en el Art. 26 del decreto 2591 del 91, conocida en los trámites de tutela como *cesación de la actuación impugnada*.

4.4. Excepción de inconstitucionalidad

Dispone el artículo 20 de la ley objeto de estudio: «Cuando el incumplimiento de una norma con fuerza de ley o acto administrativo sea proveniente del ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad, el Juez de cumplimiento deberá resolver el asunto en la sentencia. Lo anterior sin perjuicio de que el Juez la aplique oficiosamente».

Fue respetuoso el Legislador de los alcances del artículo 4° constitucional, así como de una antigua pero no menos valiosa legislación sobre el tema, dentro de la cual se encuentra el artículo 5° de la Ley 57 de 1887, 9° de la ley 153 del mismo año, y el 240 del Antiguo Código de Régimen Político y Municipal.

4.5. Suspensión del trámite

Señala el Art. 18 de la norma en mención que la acción que tenga por fin exigir el cumplimiento de un acto administrativo **se suspenderá** en el evento de que estando en curso un proceso de nulidad se haya decretado la suspensión provisional del acto incumplido.

Se encargó el Legislador en este punto de constituir una verdadera prejudicialidad administrativa. Ahora, nos parece de todas maneras que no es siquiera necesario que se haya decretado la suspensión provisional

del acto administrativo, que se funda en el canon 238 de la Carta. Ello, pues de existir un juicio de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho, ya es esto motivo suficiente para suspender el proceso por prejudicialidad.

Al mismo corolario creemos ha de llegarse con respecto a la preexistencia de un juicio de constitucionalidad respecto de una de las fuentes formales de que habla el artículo 241 fundamental. Interpretación diferente supondría la posible causación de peligrosos efectos. Así, verbigracia, supongamos que existen dos demandas ante la jurisdicción contenciosa administrativa, una acción de nulidad, por un lado, y otra de cumplimiento por otra.

Imaginemos que en ambos juicios se concedieron las pretensiones, es decir, tanto la solicitud de cumplimiento como la de nulidad prosperaron. Significa lo anterior que en segunda instancia, cuando al interior del Consejo de Estado cada una de las secciones conozcan de ambos asuntos, se reclama el máximo de prudencia y de reflexión para evitar fallos contradictorios, que puedan seguramente atentar gravemente contra la seguridad jurídica y además contra el derecho de toda persona a que la sentencia se cumpla.

4.6. La sentencia

El fallo definitivo que resuelva de mérito en estos casos ha de pronunciarse dentro de los 20 días siguientes a la admisión de la demanda de cumplimiento. Surtido todo el trámite procedimental de rigor, se dictará sentencia por la Agencia Judicial correspondiente, la cual se notificará, según lo ordena el artículo 22, es decir, en la forma indicada en el C.P.C. para las providencias que deben ser notificadas personalmente.

4.7. Los medios de impugnación

Por regla general, contra las providencias dictadas en el trámite de la acción de cumplimiento no procede recurso alguno, salvo la del auto que niegue la práctica de pruebas y la sentencia. Contra el primero cabe el recurso de reposición, que deberá ser interpuesto al día siguiente de la notificación por estado y decidido al día siguiente.

La sentencia, por el contrario, es objeto de impugnación por las partes intervinientes y por el Defensor del Pueblo. Esta debe presentarse en los tres días siguientes a su notificación y se concederá en el efecto suspensivo, salvo que, advierte la norma, la suspensión del fallo le represente un

perjuicio irremediable a los demandantes, lo que indica que será en el efecto devolutivo ante la imprecisión del Legislador. Remitido el expediente al Superior Funcional del Juzgador de Primer Grado, tendrá éste un término de 10 días para que desate definitivamente el recurso, tiempo durante el cual podrá el Ad quem practicar pruebas de oficio.

En cuanto a la limitación impuesta por el legislador para recurrir las determinaciones proferidas en estos asuntos, ha considerado el Consejo de Estado, desde el mismo año de expedición de la norma, que el auto que rechaza la solicitud de cumplimiento admite recurso, aun cuando unas de las secciones de esa Corporación hayan optado por declararse inhibidas, siguiendo las voces del artículo 16 de la ley 393 del 97.¹⁶

Este mismo criterio ha venido siendo avalado por el Alto Tribunal, y al respecto ha dicho que, a pesar de la existencia del texto del artículo 16 de la ley 393 del 97, ha hecho la Sala un análisis más preciso del tema que los condujo a concluir que el auto que rechaza la acción de cumplimiento es susceptible de recurso. Manifestó entonces el Máximo Juez Corporativo de los Asuntos Administrativos:

1. Esta acción es de carácter constitucional en tanto que está consagrada en el artículo 87 de la Carta Política como uno de los instrumentos previstos por ella para la garantía de la aplicación y protección de los derechos, lo cual exige que su desarrollo legal e interpretación busquen su efectiva aplicación.

2. De conformidad con el artículo 3º de la ley 393 del 97, la acción de cumplimiento es de dos instancias.

3. El auto que rechaza la acción, si bien desde el punto de vista técnico y de fondo no constituye la sentencia, en realidad remplace a esta última, en cuanto implica el fracaso anticipado de la demanda, poniendo término al procedimiento desde el comienzo, por lo cual la ausencia de posibilidad de impugnación implicaría que, en estos casos, la acción se convertiría en de única instancia sin que se encuentren argumentos razonables para ello...

4. La efectividad del derecho de acceso a la administración de justicia, en general y especialmente el de acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o de un acto administrativo, consagrado en el artículo 87 de la Constitución, no puede consistir en la simple oportunidad

¹⁶ C.E. Auto de fecha noviembre 6 del 97. M.P. Ricardo Hoyos Duque.

de presentar la solicitud ante el Juez respectivo, sino que debe comprender el estudio serio y razonado del asunto planteado hasta llegar a una decisión de fondo.

La Sala concluyó entonces, que la no inclusión del auto que rechaza la solicitud presentada en ejercicio de la acción de cumplimiento dentro de las providencias susceptibles de recursos según el artículo 16 de la ley 393 de 1997, obedece a un evidente error del Legislador que conlleva un vacío que debe llenarse mediante la aplicación del artículo 181 del Código Contencioso Administrativo, por remisión del artículo 30 de la ley 393 de 1997. (La negrilla no es del texto).

4.8. Las sanciones

La autoridad renuente a cumplir el fallo de la acción de cumplimiento será sancionada de conformidad con las normas vigentes, respecto a lo cual pensamos que se trata del Desacato, previsto en el trámite de tutela en el Art. 52 del decreto 2591 del 91, sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar, como del fraude a resolución judicial o el prevaricato por omisión, según sea el caso.

La pena será interpuesta por la misma Agencia Judicial que ordenó el cumplimiento que no haya sido acatado, previo trámite incidental. En los casos de imponerse la sanción, ésta será enviada en el grado jurisdiccional de consulta, para ante el Superior Jerárquico, quien decidirá en el perentorio término de 3 días.

5. INCONVENIENTES PRÁCTICOS Y DUDAS QUE PUEDE GENERAR LA APLICACIÓN DE LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO

Resulta ciertamente claro que hay aspectos que merecen el máximo de prudencia y algún análisis para despejar algunas dubitaciones que pueden generar los efectos producidos a partir del legítimo ejercicio de la acción de cumplimiento. Así, nos surgen los siguientes interrogantes:

A. ¿Puede exigirse el cumplimiento de la Constitución por conducto de la Acción de Cumplimiento?

Sin temor a equivocarnos, pensamos que sí, porque dicha acción está instituida, como sabemos, para exigir el cumplimiento de normas aplicables con fuerza material de ley o actos administrativos. Así las cosas, ha de

interpretarse el concepto de ley en el sentido material y no en el formal, entendiendo esta última como la creada exclusivamente por el Congreso, porque de resultar ello así, con dicha acción se podría exigir el cumplimiento de un reducido tipo de normas, y lo que resultaría peor, excluyendo el cumplimiento de la *Norma Normarum*, cuando es ella precisamente la base de todo el Ordenamiento.

B. *¿Podrá solicitarse la observancia de un contrato estatal mediante la Acción de Cumplimiento?*

Aun cuando la respuesta a este interrogante parezca obvia, es un punto que de todos modos deja la duda, y lo que es peor, la ley 393 guardó silencio sobre ello. De todas maneras, en nuestro sentir, ello no es jurídicamente admisible. Se crea la duda si se tiene en consideración que los actos administrativos en su clasificación más genérica pueden ser: unilaterales, respecto de los cuales no queda el menor asomo de dubitación, pero qué pasa cuando se trata de actos bilaterales como los contratos estatales.

Al respecto, primero hay que dejar en claro que de aceptarse tal situación, que quiérase o no cabe dentro de lo posible, desplazaría el ejercicio de una acción jurisdiccional específica como es la acción de controversias contractuales, incorporada en el Art. 87 de la Ley de Enjuiciamiento Administrativo.

En segundo lugar, y si prolongamos con una interpretación extensiva los efectos jurídicos de la disposición que declara improcedente la viabilidad de la acción respecto de normas que establezcan gastos, los contratos en materia administrativa demandan prestaciones recíprocas como en casi toda convención, y ellas *per se* exigen una erogación económica cualquiera, lo que viene a hacer nugatorio el ejercicio de la acción para pedir el cumplimiento de un contrato estatal en los términos del artículo 9° de la ley 393 del 97.

De todos modos, ya el Consejo de Estado, en pronunciamiento que no del todo compartimos, al negarle al contrato estatal la calidad de acto administrativo, tuvo la oportunidad de hacer algunas precisiones al respecto:

Cabe precisar que si bien el contrato es un acto jurídico, no tiene la calidad ni de acto administrativo ni de ley en sentido material...

El contrato tampoco constituye acto administrativo, éste es expresión unilateral de la función administrativa, mientras que aquél es el resultado de un acuerdo.

Por lo tanto la acción de cumplimiento no es instrumento judicial que tenga la virtualidad de constreñir a cumplir a uno de los sujetos celebrantes de un contrato ...¹⁷

CONCLUSIONES

A manera de corolario queremos insistir en que pese al sano propósito con que fue diseñado el capítulo constitucional de las acciones protectoras de los derechos, en lo que a la acción de cumplimiento respecta, el legislador frustró sus verdaderos alcances, y más triste aun, el máximo intérprete de la Carta, con un fallo que creemos fue más político que jurídico, avaló las limitaciones que a la ley reglamentaria del artículo 87 fundamental introdujo el Congreso de la República al expedir la ley 393 del 97.

Eso obliga, como bien lo ha venido implementando la jurisprudencia administrativa en reiteradas decisiones, a ir buscando salidas diferentes que, sin que signifique una revelación contra la ley, sí consulten los dictados constitucionales del artículo 87 superior, pues lo contrario significaría seguir premiando la pasividad del aparato estatal ante las obligaciones que sus actividades demandan.

¹⁷ C.E. Sección Tercera. C.P. Maraía Elena Giraldo Gómez. Sept. 28 de 1999. La negrilla no es del texto.