



Sin título
Acrílico sobre tela
Sergio Bedoya
2006

LOS CONDICIONANTES DE LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO*

* El autor realiza en la actualidad la investigación “Las transformaciones de la función administrativa en Colombia”, inscrita en el Centro de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia y elabora a partir de esta una reflexión académica sobre el tema.

Fecha de recepción: Marzo 8 de 2007

Fecha de aprobación: Abril 17 de 2007

LOS CONDICIONANTES DE LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO

*Hernán Darío Vergara Mesa**

RESUMEN

La eficacia de la acción de cumplimiento, supone la coincidencia exitosa de una serie de elementos relacionados con la función administrativa y la teoría general del acto administrativo, que por sí mismos introducen condicionantes no expresadas totalmente en las normas constitucionales y legales que la consagran. Las obligaciones omitidas que son susceptibles de la acción comentada, dependen en gran medida de la configuración legal de las potestades administrativas que se utilicen en cada caso. Por esa razón, las acciones de cumplimiento, a pesar de considerarse al mismo nivel de las acciones de tutela y populares, no tienen el mismo protagonismo y efectividad práctica, pues tales condicionantes, la hacen altamente inoperante.

Palabras clave: acción de cumplimiento, función administrativa, omisión administrativa, discrecionalidad, ejecutividad.

THE CONDITIONS OF *MANDAMUS* **

ABSTRACT

In order to accomplish the effectiveness of the *mandamus*, a series of elements related with the administrative functions and the general theory of the administrative act should agree successfully. In fact, those elements by themselves, already introduce non-expressed conditions that are not clearly declared nor in the Constitution neither in the legal norms that include it. The omitted obligations that are susceptible to be demanded by the said action, depend on the legal configuration of the administrative powers that are used in each case. Therefore, although *mandamus* is considered as an important actions like the “*acción de tutela* and the *acciones populares*”^{***}, they do not have the same protagonism and practical effectiveness, because said conditions make it highly inoperative.

Key words: *mandamus*, administrative function, administrative omission, discretion, execution.

* Profesor de la Universidad de Antioquia y de la Universidad EAFIT. Vicedecano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

** In Colombia, there is a specific action that shares some similar characteristics with *mandamus* in American constitutional law, and it is called “*acción de cumplimiento*”. Nevertheless, although they have similarities, they also have certain differences. Therefore, the action commented is translated as *mandamus* but it should be understood inside the specificity of the Colombian legal context.

*** The author makes reference to two types of actions, which although inspired by the German and Spanish law concept of claim when fundamental rights are harmed or are in harms way, they are typical of the Colombian legal system, and they do not have translation to the Anglo-Saxon legal systems. Nevertheless, to have an idea of its meaning, they can be assimilated to certain actions which, in fact, exists in the Anglo-Saxon legal systems like *injunction* and *certiorari*.

LOS CONDICIONANTES DE LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO

INTRODUCCIÓN

La acción de cumplimiento es una acción constitucional, que puede ser estudiada en un doble sentido: por un lado, como mecanismo procesal de protección y efectividad de los derechos ciudadanos, de la misma forma que se destaca la acción de tutela y las acciones populares; por otro, como mecanismo de control del Estado, especialmente de la Administración¹.

Es una acción constitucional en la medida en que su consagración mereció el más alto nivel dentro del ordenamiento jurídico, pues la Carta ofreció a ella un espacio que, sin duda, determina su ulterior aplicación en cualquier ámbito, pero con una alta dependencia del desarrollo legal ordinario, que finalmente se cumplió con la Ley 393 de 1997². Aparece como uno de los más importantes instrumentos creados en la Carta de 1991 para la realización de los fines del Estado Social de Derecho, especialmente porque pretende asegurar la efectividad de los derechos de las personas y los deberes de las autoridades públicas, las que, en Colombia, son preocupantemente proclives a la inacción a pesar de los reiterados mandatos constitucionales de la acción positiva hacia la procura del interés general y de la responsabilidad que se consagra por tales conductas.

A la vez, se constituye, al menos desde el punto de vista teórico, en uno de los más interesantes controles a la Administración, integrándose a las acciones contencioso administrativas de nulidad y responsabilidad, pero con la virtud de ser ágil y preventiva de conductas que posteriormente sólo pueden corregirse por las tradicionales acciones, en detrimento de las expectativas de los administrados.

Me propongo en este escrito, presentar un panorama de los aspectos esenciales que hacen operativa la acción de cumplimiento, haciendo hincapié en los condicionamientos legales y jurisprudenciales que se han introducido en su desarrollo, que

¹ Se adopta en este caso un criterio material y amplio de Administración, y no el formal que prevé el artículo 39 de la Ley 489 de 1998, actual Estatuto General de la Organización de la Administración Pública Nacional.

² Es de recordar que hasta la expedición de la Ley 393 de 1997, esta acción prácticamente no se utilizó, bajo el pretexto de no existir desarrollo legal, tesis aceptada incluso por la Corte Constitucional (ver Sentencia ACU-01 de 1992).

prácticamente la han convertido en un mecanismo pletórico de formalidades y de requisitos difícilmente observables para que tenga la eficacia constitucionalmente concebida para ella. Así mismo, intento mostrar que, no obstante esta acción tener una consagración constitucional, su configuración legal es indiscutible, hasta tal punto que su consideración como acción constitucional, al mismo nivel de las acciones de tutela y populares, no es afortunada, en tanto por ningún lugar se encuentra un papel relevante de la Carta Política en su desarrollo y aplicabilidad cotidianas, que llevan a pensarla más como un instrumento procesal ordinario, de la misma raigambre de las acciones de nulidad y responsabilidad.

Con tal propósito, se destacarán, ante todo, los presupuestos de la acción de cumplimiento, enfatizando algunos conceptos claves como los de función y omisión administrativa, en cuyo tratamiento se demostrará que para su eficaz utilización se exige ante todo un adecuado entendimiento de ciertos temas de la teoría general de la legislación y del acto administrativo, que bien vale la pena reiterar, por consistirse en presupuestos lógicos de su operatividad.

FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DE LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO: EL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD COMO FUNDAMENTO PRINCIPAL

Si bien, como lo reconoce el exconstituyente JUAN CARLOS ESGUERRA³, lo curioso es que ninguno de los proyectos que se sometieron a la consideración de la Asamblea Nacional Constituyente proponía expresamente la institución de la acción de cumplimiento, lo cierto es que ella no es ni mucho menos un accidente dentro del orden jurídico colombiano que emprendía en la década de los noventa un proceso de reforma constitucional. La profesora BERNARDITA PÉREZ RESTREPO expresa a este respecto, que el proceso constituyente colombiano se enmarcó dentro de una nueva visión del derecho público, conocido como “Estado Constitucional”, que fue ratificado en prácticamente todas las constituciones del mundo occidental con posterioridad a la segunda guerra mundial. El Estado constitucional es un sistema en el cual se reconoce la Carta Constitucional como una verdadera norma jurídica, directamente aplicable, al entender que más que un conjunto de disposiciones que regulan los poderes públicos, ella está pletórica de contenidos dogmáticos, con una vocación menos simbólica y más efectiva. Este nuevo orden jurídico se erige en un sistema que desconfía del legislador y busca mecanismos directos para una

³ La Acción de Cumplimiento. Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia No. 325 de 2004, p. 136.

real y efectiva aplicación del derecho, sin que requieran una acción del legislador. Dichos mecanismos son básicamente los siguientes:

- El control de constitucionalidad, que es una consecuencia obvia de la fuerza normativa de la Constitución y su carácter de norma suprema, que opera no sólo en sede jurisdiccional sino también en la administrativa.
- La eficacia directa de los derechos fundamentales a través de la acción de tutela.
- El control sobre las omisiones constitucionales, toda vez que el incumplimiento por falta o parcial desarrollo de las normas constitucionales acarrea una violación a su valor normativo. De ahí que actualmente se hable ordinariamente de las llamadas sentencias aditivas o de constitucionalidad condicionada o de interpretación de rechazo. Y cabe también resaltar que estas omisiones, cuando no se predicen propiamente del legislador sino de otras autoridades públicas, son precisamente el fundamento de las acciones de cumplimiento⁴.

De esta forma, resulta evidente que el constituyente de 1991 se comprometió con la vigencia de los derechos y deberes de los ciudadanos, como deberes del Estado, y aumentó por ello el número y calidad de las acciones de control constitucional, pues ahora no sólo los ciudadanos disponen de la acción de inconstitucionalidad y el hábeas corpus, sino también de las acciones de tutela, popular y cumplimiento.

En este marco constitucional se comprende la acción de cumplimiento, ya que las autoridades públicas no pueden sustraerse a la ejecución de determinados deberes públicos de hacer, ni siquiera amparándose en el ámbito de algunas potestades administrativas, porque ello conduciría a contrariar los fines y principios del Estado Social de Derecho: la inactividad administrativa contraría el espíritu de la Carta, específicamente los artículos 1° y 6°; por eso, su artículo 87 busca con la acción de cumplimiento mayor eficacia en la satisfacción de los objetivos sociales.

No se olvide tampoco, como se señalará más adelante, que el nuestro es un Estado Social y no un Estado simplemente de derecho, lo cual implica una obligación de actuación positiva y no arbitral, en el cual las omisiones son reprochadas con mayor rigurosidad, en los términos del artículo 6° de la Carta Política: las autoridades públicas son tan responsables por actuar sin estar expresamente autorizados, como por NO actuar cuando sí lo están. Esto conduce obviamente a responsabilidades de índole disciplinaria respecto al agente incumplido, pero reafirma el carácter

⁴ PÉREZ RESTREPO, Bernardita. Fundamentos Constitucionales de la Acción de Cumplimiento. Empresas Públicas de Medellín, Revista Letras Jurídicas, volumen 3. No. 1, 1998, pp. 214 a 217.

propositivo de la nueva Constitución con el establecimiento de la acción de cumplimiento

Teóricamente, expone JORGE VÉLEZ GARCÍA⁵, la acción de cumplimiento busca simplemente hacer real y efectivo el imperio del derecho. Busca que las normas no sólo imperen en el orden de lo teórico sino que también se realicen en el orden de lo práctico, en la realidad. El deber impuesto por el derecho tiene la vocación ineludible de ser observado por la generalidad de los sujetos sometidos a su imperio: la órbita del derecho es el reino del deber ser, y el cumplimiento de ese deber es el núcleo medular del derecho.

Que algo sea debido implica que es debido por alguien compelido por el derecho a hacerlo, y el primer obligado a actuar conforme a derecho es el Estado, que obra por medio de sus servidores; el no hacerlo da lugar a que obren mecanismos de compulsión, entre ellos, la acción de cumplimiento.

LOS PRESUPUESTOS DE LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO

Preliminarmente podría decirse que la acción de cumplimiento tiene por objeto concreto hacerle frente a las omisiones o inactividades de las autoridades públicas, respecto de toda actividad impuesta en normas con fuerza material de ley o acto administrativo, *ejecutivos*.

De la anterior consideración, podría decirse que la acción de cumplimiento parte de las siguientes premisas:

a) El cumplimiento de la función administrativa:

La acción de cumplimiento es un mecanismo que, esencialmente, procura hacer realidad el principio de eficacia constitucional, lo que se traduce en mandatos dirigidos especialmente a la Administración, que es la llamada a realizarlos en los casos concretos.

De acuerdo con los artículos 2° del Código Contencioso Administrativo y 4° de la Ley 489 de 1998, que no son más que aplicaciones de los artículos 123 y 209 de Carta Política, la Administración está al servicio de los intereses generales y en tal sentido debe satisfacer las necesidades de la comunidad y garantizar la efectividad de los derechos ciudadanos y deberes de las autoridades. Es ya clásica, pero con una indudable actualidad, la consideración de que la función administrativa es la que traduce en hechos concretos los mandatos constitucionales, legales y

⁵ El Imperio del Derecho. Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, No. 320 de 2002, p. 51.

administrativos,⁶ pues es la que los lleva a la práctica mediante actos y operaciones administrativos.

De ahí que, si la acción de cumplimiento procura darle eficacia a la ley y a los actos administrativos, su destinataria final sea la función administrativa, que se define propiamente como aquella función del Estado que aplica directamente la ley o la pone en práctica, tanto formal como materialmente.

No sobra observar que, bajo el presupuesto de que la función administrativa es la común destinataria de la acción de cumplimiento, los fallos que se profieran por la jurisdicción contencioso administrativa en sede de dicha acción, ofrecerán una pauta muy interesante para entender el concepto de función administrativa que actualmente asumen y aceptan los jueces, más cuando se trata de la función estatal que más se ha transformado en los últimos años, como lo demuestran sectores como el de los servicios públicos domiciliarios.

Así, entonces, cuando la Constitución y la ley hablan de que la acción de cumplimiento tiene por objeto la efectividad de los actos con fuerza de ley y de acto administrativo, sin duda están aludiendo a un ámbito específico: el de las omisiones, y también a una función específica del Estado, como es la función administrativa. En resumidas cuentas, tal como parece desprenderse lógicamente de la acción de cumplimiento, su escenario de aplicabilidad es el de las omisiones administrativas, y no se habla de éstas sino cuando es la función administrativa la que está presente, en términos de abstenciones de hacer algo ordenado por una norma de rango legal o administrativo.

b) La presencia de una omisión administrativa:

Si se acepta el planteamiento anterior, en el sentido de que las omisiones propiamente administrativas constituyen el punto de referencia para la procedibilidad de la acción de cumplimiento, entonces resulta por lo menos necesario tratar de determinar el alcance de dicho concepto y las obligadas precisiones que el mismo requiere en el contexto de un ordenamiento jurídico como el colombiano.

Lo anterior, en razón de que la omisión administrativa puede tener al menos dos sentidos:

- La primera, enmarcada en términos muy amplios como “posibilidad” de una actuación que no se realizó. El caso se presenta cuando una persona no hace algo (v.gr. socorrer a otro, entregar algo, etc.) pudiendo hacerlo. Propiamente

⁶ Una concepción de función administrativa con estos alcances, puede encontrarse en SAYAGUÉS LASO, Enrique; ZANOBINI, Guido y BIELSA, Rafael, entre otros.

en tal evento no existe una obligación expresa que determine la conducta de esa persona, pero lo cierto es que ella se encuentra en condiciones reales de hacerlo.

Una aplicación normativa de este sentido de la omisión es la consagrada de una manera muy general en el artículo 95 numeral 2° de la Constitución Nacional (deber de solidaridad), y en el artículo 131 del Código Penal Colombiano (omisión de socorro), que indica que “*El que omitiere, sin justa causa, auxiliar a una persona cuya vida o salud se encontrare en grave peligro, incurrirá en prisión de dos (2) a cuatro (4) años*”.

En el campo de la función administrativa un sentido tal de la omisión se encuentra respaldado en una *construcción negativa* del principio de legalidad (utilizando una terminología acuñada por la doctrina española), según la cual la Administración puede actuar hasta donde los límites del ordenamiento jurídico se lo permitan, esto es, siempre que éste no se lo prohíba expresamente. En estas condiciones, si la Administración está autorizada para actuar sólo acatando las prohibiciones legales, una omisión puede configurarse en todos aquellos casos en que se pueda demostrar, primero, que la Administración estaba en capacidad real de actuar; en segundo lugar que, a pesar de eso, no lo hizo, lo cual se evidenciará regularmente con un daño o perjuicio que se puede atribuir a dicha omisión, y en tercer lugar, que dicha actuación no le estaba proscrita por las normas legales (la búsqueda de la norma prohibitiva).

- El segundo sentido se proyecta en términos mucho más estrictos, a la manera de “obligación legal”, en cuanto planteará que sólo se configura la omisión administrativa cuando la Administración tenía el deber de actuar, que aparece expreso en una norma jurídica, y no lo hizo. En este evento se tendrá que demostrar no sólo que la Administración estaba en condiciones reales de actuar en el caso concreto⁷, sino también que existía una norma legal que le imponía claramente el deber de actuar, predeterminando su conducta de tal manera, que puesta ésta respecto a la tipificación legal, se pueda concluir su incumplimiento.

Este sentido de la omisión se apoya en una construcción positiva del principio de legalidad, según la cual la Administración sólo puede actuar cuando una norma legal expresamente se lo autoriza, pues de lo contrario, habrá responsabilidad por extralimitación de funciones.

⁷ Se parte de la premisa de que las obligaciones de la Administración son de medio, precisamente porque su actividad está condicionada social, cultural y económicamente.

¿Cuál de estos sentidos de la omisión hacen operable la acción de cumplimiento?

Lo primero que hay que decir es que el ordenamiento colombiano parece inclinarse fuertemente por una construcción positiva de vinculación de la Administración al principio de legalidad, toda vez que de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 6º, 121 y 122, entre otros, de la Constitución Política, las autoridades sólo pueden cumplir aquellas funciones que expresamente la Constitución, la Ley y los reglamentos les asignen. Ello implica que lo que no está permitido expresamente en cualquiera de tales normas, les está absolutamente prohibido; lo contrario nos llevaría al campo de la extralimitación de funciones o en el de las omisiones, y ambas generan responsabilidad. Bajo esta consideración, las autoridades tendrían la garantía de que su responsabilidad por la actividad que cumplen tendrá un cubrimiento legal, como garantía de seguridad jurídica.

Este último parece ser el sentido que la Constitución y la Ley 393 de 1997 presuponen para la operatividad de la acción de cumplimiento, sin que podamos por ese hecho descartar la aplicabilidad, al menos parcial en el derecho colombiano, de una construcción negativa del principio de legalidad, que supone una posición estratégica y activa de parte de la Administración, necesaria en un contexto no liberal del Estado, como es el caso colombiano⁸.

Ahora bien, si convenimos en que la omisión administrativa es el presupuesto de la acción de cumplimiento, y que esta se presenta siempre que la Administración se abstiene de realizar una conducta debida, esto es, impuesta por una norma legal o administrativa, tendríamos así mismo que señalar que estas precisiones no hacen menos complejo el análisis de la acción de cumplimiento, pues ella debe también revisarse en el juego de los dos escenarios de las omisiones: el de las tipologías de omisiones y el de la estructura de las normas que contienen el mandato para la Administración⁹.

⁸ Una brillante exposición sobre esta novedosa forma de plantear el sometimiento de la Administración al principio de legalidad, puede hallarse en MOLANO LÓPEZ, Mario Roberto. Transformación de la Función Administrativa (Evolución de la Administración Pública), Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2005, pp. 49 y ss.

⁹ Cabe advertir que la Constitución y la ley no hacen diferencia alguna en cuanto al tipo de omisión que sería susceptible de la acción de cumplimiento.

i. *Tipología de omisiones administrativas:*

De acuerdo con la doctrina¹⁰, las omisiones pueden responder a dos clases de inactividades administrativas: unas formales y otras materiales.

La *inactividad formal* se presenta cuando la Administración no realiza una declaración jurídica que le resulta legalmente debida¹¹, es decir, no emite el acto necesario para el cabal cumplimiento de la ley o de otro acto administrativo de rango superior. Pero, además, esta clase de omisiones formales las podemos encontrar con un carácter absoluto o parcial. En el primer caso, la administración definitivamente no ha dado aplicación a la norma legal o reglamentaria, porque no ha declarado de ninguna manera la voluntad necesaria para ese efecto, sin la cual no se puede pasar al mundo de los hechos, que es la idea central de la acción de cumplimiento. Respecto a este tópico encontraríamos posiblemente omisiones de diversa índole, como aquella que se evidencia en la falta de reglamentación de una ley¹², en un primer momento, y también la que no hace la declaración para radicar finalmente los mandatos de la ley de manera concreta en un caso particular.

Cuando se trata de la falta de expedición de un acto administrativo que radique los efectos del de la norma general en una persona en particular, nos encontraríamos ante lo que se denomina un acto de adjudicación o de reconocimiento de una situación jurídica concreta, que tendrá tintes declarativos, propios de las acciones ordinarias y no de la acción de cumplimiento que, como se examinará más adelante, tiene carácter residual, además de ejecutivo, lo que supone que opera cuando el proceso de adjudicación del derecho ya se ha producido¹³. Aunque debe aceptarse que en la

¹⁰ RAMELLI ARTEAGA, Alejandro. La Acción de Cumplimiento: Un Instrumento Jurídico al Servicio del Estado Social de Derecho en Colombia. Bogotá, Revista Derecho del Estado, No. 8, junio de 2000, p. 101.

¹¹ Recordemos que estamos inscribiendo la omisión dentro de una construcción positiva del principio de legalidad.

¹² La falta de reglamentación de una ley es un asunto que nos remite sin duda a la potestad reglamentaria, la cual puede ser estimada como una atribución fuertemente discrecional, de ahí que eso nos llevaría al segundo escenario de análisis que queremos enfrentar, como el relativo a la estructura de la norma que contiene el mandato objeto de la acción de cumplimiento. Si bien se abordaría el asunto allí, cabe adelantar que la acción de cumplimiento resulta, en principio, improcedente, pues la potestad reglamentaria comporta elementos de oportunidad y conveniencia que sólo la autoridad reglamentaria puede estimar; por tal razón, le faltaría la imperatividad de la norma, que es un requisito necesario para la acción de cumplimiento.

¹³ Permanentemente se subvalora la importancia de la decisión administrativa de carácter particular y la adjudicación que en ella se expresa, que en mi parecer no difiere en nada de la que realizan los jueces, porque tal como lo veo, lo que cambia es fundamentalmente el carácter definitivo de la decisión judicial a diferencia del carácter provisional de la administrativa y el amplio campo de acción con que cuenta la autoridad administrativa, dada la variedad de cometidos y procedimientos que debe permanentemente desarrollar. Por esta razón, de la decisión administrativa particular se puede perfectamente predicar su racionalidad o irracionalidad y su necesaria apelación a los criterios de interpretación y argumentación, ente otros.

multiplicidad y variabilidad de los asuntos administrativos existen las más diversas posibilidades. Así por ejemplo, un acto que pretenda reconocer una pensión de vejez es netamente declarativo de un derecho, porque debe establecerse por parte de la autoridad competente el cumplimiento de los requisitos para acceder a la misma; esto quiere decir, que una persona que se encuentre en esa situación frente a la Administración debe hacer uso de la acción ordinaria correspondiente para lograr el respectivo reconocimiento. Sin embargo, un acto de desvinculación del servicio que obedezca al cumplimiento de la edad de retiro forzoso, puede estimarse también como declarativo de una situación concreta, para lo cual se requiere simplemente la verificación de la edad respectiva. ¿Será que en este último caso es procedente la acción de cumplimiento?

Y, así, existen innumerables casos en los que se tendría que determinar la procedibilidad de la acción de cumplimiento en relación con omisiones formales que, de cumplirse, tendrían efectos concretos.

Un segundo caso lo encontramos con las omisiones formales parciales, en donde la inactividad no es total, sino que la regulación que debe ser expedida por la Administración o el reconocimiento que ella debe satisfacer no es pleno, pues no atiende todos los aspectos que se derivan de la norma que establece la obligación. Uno de los casos más típicos de incumplimiento parcial en los asuntos administrativos es el que se presenta cuando la Administración no responde o satisface todos los puntos planteados en una petición de interés general o particular. En estos casos lo que se advierte es que la acción de cumplimiento no es claramente procedente, pues sólo mediante una acción de conocimiento ordinaria podría el juez determinar hasta qué punto el incumplimiento se presentó, para entrar a ordenar los correctivos pertinentes. Ahora bien, si se trata de los casos típicos del derecho de petición, por supuesto que ellos pueden ventilarse mediante acciones de tutela, por encontrarse comprometido en tal caso un derecho constitucional fundamental; la acción de cumplimiento pasaría así a segundo plano o sería, simplemente, improcedente.

Podría de todos modos plantearse la hipótesis de que, por regla general, las omisiones formales en todo su sentido no son susceptibles de la acción de cumplimiento, justamente por no contar con las condiciones de ejecutividad que la misma requiere, que implica, por su misma residualidad, que la situación jurídica de que se trate se encuentre definida, y simplemente penda de su efectivo cumplimiento o ejecución.

Por su parte, la *inactividad material* consiste en la falta de realización de una actividad material técnica, que propenda por la efectiva aplicación de un acto jurídico que trascienda al mundo de los hechos y lo ejecute con efectos prácticos. Se trata, sin más, de la ausencia de la operación administrativa que la Administración

debe desarrollar para darle la debida aplicación al acto materialmente legislativo o administrativo. Lo que acontece es que la Administración no pone en marcha el conjunto de actividades tendientes a hacer efectiva y práctica la decisión adoptada por el legislador o por la misma Administración.

El de las omisiones materiales, es el espacio más propicio para la acción de cumplimiento, pues lo que normalmente ocurre es precisamente la falta de realización concreta de los cometidos previstos y ordenados en las normas. Hay una hiperinflación normativa que no se corresponde con su ejecución práctica.

ii. La estructura de las normas susceptibles de la acción de cumplimiento:

Desde el punto de vista estrictamente teórico, puede afirmarse que la función administrativa se cumple mediante el ejercicio de dos clases de facultades: unas que son regladas y otras que son discrecionales. Por supuesto que lo que ocurre normalmente es que tales atribuciones tengan tanto de las unas como de las otras,¹⁴ porque difícilmente se encuentran en estado puro, en cualquiera de los dos casos. No obstante, la tendencia predominante hacia la una puede decir mucho sobre la procedibilidad o improcedibilidad de la acción de cumplimiento.

Las facultades regladas se caracterizan por una predeterminación muy completa de la conducta administrativa, pues las normas que las consagran definen clara y suficientemente lo que la Administración debe hacer en cada caso, sin que le ofrezca opciones o alternativas. La norma configura todos los extremos del acto o de la actividad administrativa.

Podría decirse que es en estos casos donde es indiscutible la procedibilidad de la acción de cumplimiento, pues es allí donde encontramos un mandato imperativo que debe ser cumplido por la Administración, porque, de no hacerlo, podría poner en entredicho no sólo la legalidad de su actuación sino también su responsabilidad, por omitir una conducta debida.

Las facultades discrecionales, por su parte, se caracterizan por una indiferencia jurídica respecto a algunos elementos de la actuación administrativa, los cuales deben ser completados por la Administración, quien en los casos concretos, podría estimar ciertas circunstancias, normalmente bajo criterios de oportunidad y conveniencia, para adelantar dicha actuación o para aplicar el acto. En este escenario, la norma que atribuye la competencia no predetermina todo lo que la Administración debe hacer, dejando así un espacio que ha de ser completado por ella.

¹⁴

Un estudio jurisprudencial muy interesante sobre la discrecionalidad fue el realizado por la Corte Constitucional, citando para estos efectos permanentemente al Consejo de Estado, en la Sentencia SU-250 de 1998.

Esta clase de facultades tienen como nota esencial, finalmente, que otorgan, en los puntos de indiferencia legal, opciones o alternativas a la Administración. Si hay opciones, cualquiera que ella escoja será legítima.

¿Puede plantearse la procedibilidad de la acción de cumplimiento cuando la Administración actúa en ejercicio de facultades discrecionales? ¿Podrá un juez ordenar a la Administración el cumplimiento de una norma en un sentido específico, cuando de esta se desprende otra opción para la autoridad pública?

Por ejemplo, el artículo 27 del Decreto Extraordinario 2150 de 1995, establece que los avalúos de bienes inmuebles que deban realizarlas entidades públicas podrán ser adelantados por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi o por cualquier persona natural o jurídica privada registrada y autorizada por la lonja. Si mediante una acción de cumplimiento se obligara a la Administración a avaluar los inmuebles sólo por conducto del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, se estaría cercenando a la Administración la posibilidad legítima, que también se desprende de la norma, de escoger la opción privada.

Esto nos muestra que la procedibilidad de la acción de cumplimiento no es posible cuando su objeto recae en conductas alternativas para la Administración. Podría sustentarse esto en el hecho de que en las facultades discrecionales están implicadas consideraciones de mérito (oportunidad y conveniencia) que sólo la Administración, y no el juez, puede apreciar, sino se quiere con ello afectar el principio de separación de poderes.

Ahora bien, cuando se habla de facultades regladas y discrecionales en el desarrollo de la función administrativa, una digresión obligatoria ha de hacerse sobre los llamados *conceptos jurídicos indeterminados*, que son empleados regularmente por las normas legales que atribuyen competencias, facultades, deberes u obligaciones a las autoridades. Es normal entonces que, hablando de la acción de cumplimiento, deba introducirse el análisis de estos conceptos, en razón de que pueden modular el comportamiento de la Administración con miras al cumplimiento de sus deberes y competencias.

Los conceptos jurídicos indeterminados se constituyen en una técnica mediante la cual el creador de la norma alude a una esfera de la realidad cuyos límites no aparecen precisados con exactitud, precisamente porque tales conceptos no admiten una definición rigurosa¹⁵, tal como acontece con la buena fe, el interés general, la utilidad pública, diligencia, entre otros muchos que tienen esta estructura. Son

¹⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. Curso de Derecho Administrativo. Madrid, Civitas, 1993, página 444.

conceptos de valor o de experiencia que deben ser precisados a la hora de su aplicación por parte de la Administración Pública.

Esta característica de indefinición precisa de los conceptos jurídicos indeterminados ha llevado a pensar que ellos son la mejor fuente de facultades discrecionales, por lo que la Administración en tal caso tiene distintas opciones para actuar o decidir. Siendo así, se podría afirmar que la acción de cumplimiento no podría operar cuando el cumplimiento de la norma está supeditada a la aplicación de algunos de estos conceptos, pues si ellos ofrecen alternativas para la Administración ella tiene plena legitimidad para escoger entre distintas opciones, faltando así para los efectos de la acción de cumplimiento la perentoriedad exigida para su prosperidad. Los argumentos dados en relación con las facultades discrecionales serían entonces perfectamente extensibles a este caso.

Sin embargo, debe observarse que los conceptos jurídicos indeterminados sugieren más que un asunto de opciones para la Administración, un problema de indeterminación del enunciado, que no necesariamente se traduce en una indeterminación en su aplicación. La Administración se enfrenta a una situación de valoración en el caso concreto de lo que la norma quiere regular con el concepto. Así por ejemplo, cuando debe establecer si se presentan los llamados motivos de utilidad pública para efectos de proceder a la expropiación, de conformidad con la Ley 388 de 1997. En el artículo 63 de esta ley, se señala, entre otros aspectos, que *“se considera que existen motivos de utilidad pública para expropiar por vía administrativa cuando se presente el incumplimiento de la función social de la propiedad por parte del adquirente en pública subasta, de los terrenos e inmuebles objeto del procedimiento previsto en el capítulo VI de la presente ley”*.

Si se tratara de una facultad discrecional, la Administración podría escoger, libremente, los eventos en los cuales hay incumplimiento de la función social de la propiedad por parte del adquirente en la subasta pública. Pero no. Lo cierto es que ella debe, en el caso concreto, determinar si las condiciones establecidas por la norma se cumplen o no, lo cual se constituye en un asunto de valoración de una realidad, no de escogencia entre alternativas. Esa valoración sería controlable judicialmente, es decir, puede el juez establecer hasta qué punto la Administración acertó o se equivocó en la determinación del evento de la utilidad pública que la norma regulaba. En cambio, cuando se trata de facultades discrecionales, las decisiones de la Administración pueden irse en cualquiera de las direcciones que la norma ha permitido, por lo cual, en principio, el juez no tiene la facultad de determinar la justeza de la opción por ella escogida.

Resulta claro que los conceptos jurídicos indeterminados generan problemas para interpretar la aplicación de la norma al caso concreto, pero no ofrecen alternativas para la Administración, por eso se tratarían más bien como tópicos de facultades regladas, en donde la solución al caso es sólo una, pudiendo por esa razón ser exigible la conducta administrativa, aun bajo los cauces de la acción de cumplimiento. Ahora bien, uno de los asuntos que deben todavía precisarse es hasta qué punto la jurisprudencia está dispuesta a aceptar que los problemas de valoración de conceptos puedan ser exigibles mediante acciones de cumplimiento: ¿la valoración que allí debe hacerse por parte de la Administración despoja a la norma de su carácter imperativo o ejecutorio como es de la esencia de la acción de cumplimiento?

NATURALEZA DE LA OBLIGACIÓN SUSCEPTIBLE DE LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO

- a) Contenido del deber omitido: Decíamos anteriormente que la acción de cumplimiento tiene por objeto concreto hacerle frente a las omisiones o inactividades de las autoridades públicas, respecto de toda actividad impuesta en normas con fuerza material de ley o acto administrativo, *ejecutivos*. En realidad no debería requerirse de un acción como la de cumplimiento si se piensa que la ley y el acto administrativo implican, *per se* la idea de un mandato de carácter obligatorio. La característica esencial de la ley y del acto administrativo es la de ser imperativos por sí mismos y, por ende, de forzosa ejecución y cumplimiento¹⁶. Pero la realidad es que en Colombia las normas no se cumplen y la acción de cumplimiento hace frente a esta realidad. Así pues, si la finalidad de esta acción es el cumplimiento de la norma, entonces se trata de una *pretensión de ejecución* y no de conocimiento¹⁷, por lo que la norma que se solicita cumplir debe ser de tal naturaleza que el juez no tenga que establecer si se configura el derecho o deber de cumplimiento, lo que en palabras del Consejo de Estado lleva a predicar de tales actos las mismas características del título ejecutivo, esto es, ser claro, expreso y exigible; y ello por razón de que a través de la acción de cumplimiento no es posible discutir derechos sino hacer respetar los ya existentes. Lo cual implica entonces, que pueden existir incumplimientos imputables a las autoridades que no estarían sujetos al control judicial especial de la acción de cumplimiento, por tener muy poco valor vinculante, aspecto éste que, en todo caso, no se desprende del texto constitucional.

¹⁶ ESGUERRA PORTOCARRERO, Juan Calos. *Op. Cit.*, p. 139.

¹⁷ RAMÍREZ RAMÍREZ, Octavio. La Acción de Cumplimiento. Revista del Colegio de Jueces y Fiscales de Antioquia, p. 42.

Aclaremos tales condiciones:

- *Claridad*: Alude a que el deber omitido debe ser exacto y preciso, de forma tal que defina los alcances de su aplicación.
- *Expresividad*: Es decir, que la obligación que se pretende hacer cumplir esté expresamente consagrada en una ley o acto administrativo. En este caso, ¿qué ocurriría, por ejemplo, con los actos presuntos productos del silencio administrativo?
- *Exigibilidad*: El mandato u obligación debe ser imperativo e inobjetable y debe estar radicado en la autoridad de la cual se impetra el cumplimiento. En últimas, que sea obligatoria, pues sólo se puede cumplir aquello que sea exigible.

Con relación a la *exigibilidad u obligatoriedad*, deben hacerse algunas precisiones:

Existencia, validez y obligatoriedad. Se trata de conceptos diferentes, que en algunos momentos pueden coincidir y que determinarían la viabilidad de la acción de cumplimiento:

- Por existencia, entendemos el momento en que el acto, bien sea legal o administrativo, agota su proceso de perfeccionamiento, porque cumple con todas las condiciones legalmente previstas para el efecto. Así, podríamos decir que la ley existe desde el momento en que, surtidos los debates en el Congreso, es sancionada por el Presidente de la República. La promulgación es un asunto de oponibilidad o exigencia, no de existencia. En el caso del acto administrativo, su existencia se verifica en el momento en que es expedido por la autoridad competente, sin que se requiera para ello su publicidad, que será, como en el caso de la ley, un asunto de oponibilidad.
- La validez, que en el derecho colombiano se presume por el hecho de ser dictado el acto y que coincide con su existencia; dicha validez sólo se desvirtuará por una declaración judicial que así lo establezca.

La obligatoriedad merece la siguiente distinción:

- De la ley: Con el acto de promulgación, de acuerdo con lo dispuesto por el Código de Régimen Político y Municipal, Ley 4ª de 1913, aunque admite algunas excepciones, como cuando la misma ley dispone otra cosa.
- Del acto administrativo: En general se presenta cuando el acto cumple con la operación administrativa de publicidad, esto es, se da a conocer a los afectados. Sin embargo, debe tenerse presente que la publicidad como presupuesto de eficacia del acto tiene sentido en relación con los administrados, no en relación

con la Administración, que será la que regularmente atenderá por pasiva la acción de cumplimiento.

También inciden en la obligatoriedad los contenidos eventuales del acto, esto es, las condiciones y plazos, toda vez que éstos impiden que la obligación sea simple, como se exige en todo acto que pretenda ser ejecutorio.

- b) Normas jurídicas que no pueden ser exigidas por acción de cumplimiento: Finalmente, cabe indicar que la acción de cumplimiento procede en un campo tan amplio de actos públicos, que sólo quedarían excluidos los siguientes:
- Las normas constitucionales
 - Las decisiones judiciales
 - Los actos presuntos
 - Las cláusulas contractuales
 - Las normas manifiestamente contrarias a la Constitución Política

Algunos de estos actos sugieren discusiones muy interesantes, que bien podrían estimular otro escrito sobre el particular, aprovechando la ocasión, incluso, para introducir en tales discusiones pronunciamientos jurisprudenciales que de hecho han delimitado aún más la operatividad de esta acción constitucional.

