

EL SENTIDO DE LA EXPRESIÓN “*NORMAS QUE ESTABLEZCAN GASTOS*” A QUE SE
REFIERE EL PARÁGRAFO DEL ART. 9 DE LA LEY 393 DE 1997, EN EL TRÁMITE DE
LAS ACCIONES DE CUMPLIMIENTO ADELANTADAS EN EL DISTRITO JUDICIAL DE
PASTO DURANTE LOS AÑOS 2007 A 2011

ALEXANDER PAGUAY ORDÓÑEZ

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACIÓN DERECHO ADMINISTRATIVO
PASTO - 2013

EL SENTIDO DE LA EXPRESIÓN “*NORMAS QUE ESTABLEZCAN GASTOS*” A QUE SE
REFIERE EL PARÁGRAFO DEL ART. 9 DE LA LEY 393 DE 1997, EN EL TRÁMITE DE
LAS ACCIONES DE CUMPLIMIENTO ADELANTADAS EN EL DISTRITO JUDICIAL DE
PASTO DURANTE LOS AÑOS 2007 A 2011

ALEXANDER PAGUAY ORDOÑEZ

Trabajo de grado para optar al título de Especialista en Derecho Administrativo

ASESOR: OMAR AUGUSTO CHAMORRO CALVACHI

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACIÓN DERECHO ADMINISTRATIVO
PASTO - 2013

NOTA DE RESPONSABILIDAD

“Las ideas y conclusiones aportadas en la tesis de grado son de responsabilidad exclusiva del autor”. Artículo 1° del Acuerdo No. 324 del 11 de Octubre de 1966, emanado del Honorable Consejo Directivo de la Universidad de Nariño.

NOTA DE ACEPTACIÓN:

Dra. EDILMA CECILIA ARTEAGA RAMÍREZ

Firma del Jurado

Dr. ÁLVARO HERNÁN BENAVIDES SOLARTE

Firma del Jurado

Pasto, Nariño, 31 de mayo de 2013

TABLA DE CONTENIDO

	Pag.
Resumen.....	8
Abstract.....	9
1.- Introducción.....	9
2.- Antecedentes histórico.....	10
2.1.-Etimologia y origen.....	10
2.2.-Derecho Comparado.....	10
3.- Naturaleza jurídica de la acción de cumplimiento en Colombia: Definición.....	12
3.1.-Constitucional.....	12
3.2.-Legal.....	13
3.3.-Jurisprudencial.....	13
3.4.-Doctrinal.....	13
4.- Elementos de la acción de cumplimiento.....	14
4.1.-Legitimacion.....	14
4.2.-Objeto.....	14
4.3.-Competencia.....	15
4.4.-Termino de caducidad y solución.....	15
5.- Requisitos de procedibilidad.....	15
5.1.-Procedencia.....	17
6.- Interpretación jurídica de la expresión normas que establezcan gastos.....	17

6.1.-Interpretacion de la Corte Constitucional.....	17
6.2.-Interpretacion en el salvamento de voto.....	19
6.3.-Interpretacion del Consejo de Estado.....	20
6.4.-Interpretacion doctrinal.....	21
7.- Estudio de campo.....	22
7.1.-Metodologia y universo.....	22
7.2.-Análisis caso por caso.....	28
Conclusiones.....	33
Referencias.....	34

TABLA DE GRÁFICAS

	Pag.
1 GRAFICA No. 1 Muestra total de procesos.....	23
2 GRAFICA No.2 Demandas cuya pretensión es el cumplimiento de normas que implican gastos	24
3 GRAFICA No. 3 Demandas admitidas vs rechazadas.....	25
4 GRAFICA No. 4 Demandas que prosperaron en los Juzgados Administrativos del Circuito de Pasto.....	26
5 GRAFICA No. 5 Interpretación Predominante.....	26
6 CUADRO No. 6 Expedientes de acciones de cumplimiento en las que se pretendía un gasto del Distrito Judicial de Pasto años 2007-2011.....	27

EL SENTIDO DE LA EXPRESIÓN “*NORMAS QUE ESTABLEZCAN GASTOS*” A QUE SE REFIERE EL PARÁGRAFO DEL ART. 9 DE LA LEY 393 DE 1997, EN EL TRÁMITE DE LAS ACCIONES DE CUMPLIMIENTO ADELANTADAS EN EL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO DURANTE LOS AÑOS 2007 A 2011.

Alexander Paguay Ordóñez *¹

Resumen

Se ha consagrado a nivel constitucional la acción de cumplimiento como la herramienta para exigir de la autoridad obligada el cumplimiento de una norma; sin embargo, el parágrafo del artículo 9 de la Ley 393 de 1997 le ha impuesto una restricción respecto de las *normas que establezcan gasto*, cuestión esta que haría pensar improcedente toda la acción, siendo que el cumplimiento de una norma siempre va a implicar un gasto para la administración. Por lo tanto, se reviste de importancia el estudio de las interpretaciones que la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la doctrina han realizado sobre la expresión en cita, marco en el que el autor de este artículo identificará cuál de esas posiciones han adoptado los Juzgados Administrativos del Circuito de Pasto en esta clase de procesos durante el periodo 2007 a 2011.

Palabras Claves: Acción de cumplimiento, Gastos, Presupuesto,

Abstract

It has been enshrined in the constitution enforcement action as the tool to enforce the authority must comply with a rule, however, the paragraph of Article 9 of Law 393 of 1997 has imposed a restriction on the rules established spending, an issue that would suggest the action

¹ *Abogado, Estudiante de la Universidad de Nariño Especialización en Derecho Administrativo, Investigador del Observatorio Regional de Justicia de la Universidad de Nariño, Subgrupo Derecho Administrativo.

inadmissible, being that compliance with a standard is always going to involve a cost for administration. Therefore, it is of importance to study the interpretations of the Constitutional Court, the State Council and the doctrine have been made on the expression in quotes, context in which the author of this article will identify which of these positions have been adopted Administrative Courts Circuit Pasto in this kind of processes during the period 2007-2011.

keywords: Action would, charges, government,

1.-Introducción:

A pesar de las opiniones contrarias de algunos doctrinantes, entre ellos ,el profesor BLANCO (2003) quien considera que fue un contrasentido el establecer una restricción para la acción de cumplimiento cuando se trate de normas que refieran a gastos, pues esto la desnaturaliza y la deja sin ningún ejercicio en la práctica, han sido la Corte Constitucional y el Consejo de Estado quienes se han encargado de dilucidar la norma y dar pautas para hacerla viable; así, partiendo del estudio de sus fallos y lo dicho por la doctrina fijaremos la posición de cada uno,extractandolas características y diferencias al respecto, para señalar finalmente cuál ha sido su desarrollo en los Juzgados Administrativos del Circuito de Pasto en los años 2007 a 2011.

De esa manera, y a partir del presente escrito, el ciudadano común despejará cualquier duda sobre el particular,proporcionándole mayores elementos de juicio a fin de identificar cuando es realmente improcedente la acción de cumplimiento con normas que impliquen gasto. Por tanto, se presenta un análisis teórico y jurídico del tema, seguido dela presentación de los resultados del trabajo de campo efectuada sobre 138 acciones de cumplimiento tramitadas en el Distrito Judicial de Pasto, Nariño. Luego,con análisis cuantitativo y cualitativo de los datos obtenidos y con el

apoyo de gráficas, se formularán conclusiones. Finalmente, se presentan las respectivas recomendaciones.

2.-Antecedentes- Histórico:

2.1.-Etimología y origen: El término acción de cumplimiento no es ni una institución que se haya creado en nuestro ordenamiento jurídico ni un término que nosotros lo hayamos inventado, pues este tiene su origen en la expresión del derecho Anglosajón, donde se conoce con los nombres de: El Writ of Mandamus: que significa al mandato de “ejecución” proferido por un Tribunal, a la autoridad, conminándola a que cumpla con los deberes que le señala el ordenamiento jurídico, y El Writ of injunction: conocido como un mandato de "Prohibición" orientado a obtener la abstención, temporal o definitiva, de una autoridad, en la aplicación de un acto que puede afectar un derecho fundamental.

2.2.-Derecho comparado:

Si bien la Acción de Cumplimiento tiene un desarrollo considerable en nuestro continente su llegada no fue algo nuevo en el derecho constitucional, como bien lo relata el profesor Henry Guillen Sosa en su trabajo sobre Garantías Constitucionales en Latinoamérica al cual estudiamos, la figura de la Acción de Cumplimiento se remonta al derecho inglés, siglo XVI, época en la que aproximadamente se forja el Writ of Mandamus. De allí, se expande a los Estados Unidos y paulatinamente se irradia a ciertos países de esta parte del Continente, como es el caso de Colombia.

Para empezar a hablar de la acción de cumplimiento en países de nuestro continente, según se explica, debemos referirnos concretamente al Writ of Mandamus inglés; el Writ, denominación que aún mantienen los mecanismos o procesos que se han establecido en el derecho sajón, tiene sus antecedentes en el denominado King's Writs, que se estableció como una institución para el

manejo de la cosa pública. Inicialmente, fueron órdenes que empleaba el Rey para desplegar sus tropas, cobrar impuestos, nombrar funcionarios y realizar diversos actos públicos. Después, y como consecuencia de su frecuente uso toman la forma de decretos, y mandamientos, dictados por el Rey con el objeto de que los jueces y tribunales tomaran conocimiento de los procesos promovidos por los súbditos ingleses. Con el paso del tiempo, se convirtieron en providencias dictadas por los jueces, dirigidos al demandado en un proceso.

El Writ of Mandamus, que se remonta al siglo XIV, se define como un proceso judicial cuyo objeto es obtener un mandato del Juez por virtud del cual se ordena que las autoridades cumplan con sus obligaciones. En Norteamérica, se interpone el Writ o la prerogative orders of mandamus por obligaciones que no sean discrecionales de las autoridades, no se puede interponer contra algunas personas como el Presidente de la República, Secretarios de Estado, el Congreso de la Unión, y los gobernadores de Estados porque se considera que el Poder Judicial no es competente para ordenar ejecuten sus deberes o ejerzan sus facultades, pues se entiende que el ejercicio de tales atribuciones constituyen cuestiones políticas no objeto de decisiones judiciales, argumento este que observamos parecido a la restricción que es materia de este estudio. En todos los demás casos, a través del Writ of Mandamus se exige el cumplimiento de las obligaciones que imponen las leyes a los funcionarios.

Aparte de lo anterior hay que destacar en este país que el ejercicio de esta acción no procede por obligaciones incumplidas en cualquier clase de norma, y sólo cabe, por tanto, cuando la obligación reclamada de la autoridad responsable, proviene de una norma civil, y no de aquellas que derivan del incumplimiento de un precepto constitucional.

En América Latina, similar tendencia puede observarse en algunos países, como Venezuela, donde la ley prevé como atribución de la jurisdicción contencioso administrativa la facultad de

conocer la renuencia de los funcionarios a cumplir determinados actos que estén obligados por las leyes.

En Colombia, la acción nace a la vida jurídica en un primer momento con el Código Contencioso Administrativo expedido mediante Decreto Ley 01 de 1984, posteriormente el Decreto Ley 2304 de 1989 modifica el Código Contencioso anterior y desaparece la acción de cumplimiento.

Es solo a partir de la Constitución de 1991, que la estableció en su artículo 87 y posteriormente la Ley 99 de 1993, que crea el Ministerio del Medio Ambiente y faculta a cualquier persona ademandar el cumplimiento de normas que vayan en pro de la protección del medio ambiente a través del trámite ejecutivo singular.

Más adelante, la Ley 388 de 1997 amplía esta acción en asuntos relacionados con ordenamiento territorial y urbanísticos, y ya en la actualidad rige la Ley 393 de 1997 derogando la Ley 99 de 1993.

3.-Naturaleza jurídica de la acción de cumplimiento en Colombia. Definición:

3.1.-Constitucional

Según nuestra Constitución, artículo 87, la acción de cumplimiento se define como el derecho que toda persona tiene para acudir ante la autoridad judicial y hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido.

3.2.-Legal

A su vez, en desarrollo de esta norma constitucional, el artículo 1º de la Ley 393 de 1997 reiteró el concepto estableciendo 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.

3.3.-Jurisprudencial

Jurisprudencialmente, la Corte Constitucional ha definido la acción de cumplimiento como aquella institución creada por el constituyente a fin de hacer efectivos los mandatos o derechos expresamente establecidos en la ley o en el acto administrativo anterior, los cuales sean ciertos y no discutibles, y aclara que no es una acción declarativa de derechos y que tiene más bien una naturaleza ejecutiva. (CC, Sala Plena, 29, Abr. 1998. E D-1790, D-1793, D-1796, D-1798, D-1808, D-1810, D-1816, D-1817 Y D-1819, (C). (Carbonell).

3.4.-Doctrinal

Doctrinariamente, se tiene que la acción de cumplimiento es un mecanismo para obtener la aplicación de una ley o un acto administrativo, para lo cual no necesariamente habrá la transgresión de un derecho, baste con que se dé un desacato de la autoridad a la ley o un acto administrativo, la acción se considera como la forma de hacer efectivo un principio constitucional el Estado Social de Derecho. (CC, Sala Plena, 29, Abr. 1998. E D-1790, D-1793, D-1796, D-1798, D-1808, D-1810, D-1816, D-1817 Y D-1819, (C). (Carbonell).

4.-Elementos de la acción de cumplimiento:

4.1.-Legitimación

- Sujeto activo: Se considera como sujeto activo de la acción, "toda persona". La jurisprudencia constitucional, refiriéndose a esta expresión, ha precisado que ella es comprensiva tanto de las personas naturales como de las jurídicas y, dentro de éstas, las personas jurídicas de derecho público y las de derecho privado. Los servidores públicos pueden también interponer dicha acción, bien a nombre propio o a nombre de las entidades respecto de las cuales actúan como representantes legales.

- Sujeto pasivo: En lo que tiene que ver con el sujeto pasivo de la acción de cumplimiento, es decir contra la persona que se interpone dicha acción, aunque la Constitución no lo indica expresamente puede inferirse que el mecanismo judicial en referencia puede dirigirse en contra de cualquier autoridad o particular en ejercicio de funciones públicas, responsable del cumplimiento de una ley o de un acto administrativo.

4.2.-Objeto

La propia Constitución ha establecido ya el objeto de esta ley, es decir lo que se busca con su interposición y trámite, y consiste en hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo.

Comentando esta expresión del constituyente, la Corte Constitucional ha considerado que la referida acción se encamina a procurar 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. (CC, Sala Plena, 29,Abr.1998. E D-1790, D-1793, D-1796, D-1798, D-1808, D-1810, D-1816, D-1817 Y D-1819,(C).(Carbonell).

4.3.-Competencia

Conforme al artículo 3 de la Ley 393 de 1997, de las acciones dirigidas al cumplimiento de normas con fuerza material de Ley o Acto Administrativo, conocerán en primera instancia los Jueces Administrativos con competencia en el domicilio del accionante. En segunda instancia será competente el Tribunal Contencioso Administrativo del Departamento al cual pertenezca el Juzgado Administrativo.

4.4.-Termino de caducidad y de solución

Según se desprende del artículo 7 de la Ley 393 de 1997 la acción se podrá instaurar en cualquier termino, es decir esta acción no tiene termino de caducidad. Igualmente, al tenor del artículo 13 ídem., la decisión será proferida dentro de los veinte (20) días siguientes a la admisión de la solicitud de cumplimiento.

5.-Requisitos de procedibilidad

- Que la norma establezca un mandato imperativo, inobjetable y que se le pueda radicar como obligación ya sea en una autoridad pública o incluso de un particular con funciones públicas y el cual no esté cumpliendo tal norma; doctrinaria y jurisprudencialmente ,se ha establecido que, dada la naturaleza ejecutiva de la acción de cumplimiento, la obligación establecida en la norma debe tener las características de un título valor: claridad, expresividad y exigibilidad, pues el fin de la acción no es llegar a constituir la obligación.
- El demandante debe probar que requirió a la autoridad debida para exigir previamente a la demanda el cumplimiento de la norma que ahora se solicita, pues este hecho, por un lado, ratifica en su incumplimiento a la parte demandada, y por otro, señala

específicamente la norma en incumplimiento, a la vez que determina el alcance del respectivo mandato y los hechos o actos que configuran el incumplimiento, paso este que se desata a través del ejercicio del derecho de petición.

- No contar con otro medio de defensa judicial a fin de hacer efectiva la norma, salvo, claro está, que de no actuar el Juez en el caso ocurra un perjuicio de la naturaleza grave e inminente; nótese que el Constituyente le dio a la acción de cumplimiento, al igual que a la de tutela un carácter residual y subsidiario, y no está para suplir a los procesos ordinarios. Respecto de la salvedad establecida cuando se trate de un perjuicio grave e inminente, también por jurisprudencia se ha definido ya los dos términos conceptuando que éstos se dan cuando sea de tal talante que afecte la vida misma y pueda darse sin duda alguna.

- Que el demandante no tenga la posibilidad de exigir o accionar la tutela como mecanismo para garantizarse su derecho, pues si el Juez así lo determina le dará el trámite de una acción de tutela a la acción iniciada como de cumplimiento.

- Por último y referente al tema que nos hemos propuesto, que la norma que se reclama su cumplimiento no sea de aquellas que al exigirse tenga como consecuencia el establecer un gasto a la administración, requisito que se establece en el párrafo del artículo 9 de la ley 393 de 1997 al referirse en la expresión normas que establezcan gasto.

5.1.-Procedencia de la acción

Si bien es cierto se ha establecido que la acción de cumplimiento procede, conforme lo indica el artículo 1 de la Ley 393 de 1998, para solicitar el cumplimiento de normas con fuerza material de ley y actos administrativos, entendiendo a normas con fuerza material de ley, las que parten del seno del Congreso o del Gobierno Nacional en uso de las facultades extraordinarias

otorgadas por la Constitución Política y que, además, contienen imperativos de carácter general, se ha excluido de ellas para la procedencia de esta acción dos clases: las normas constitucionales y aquellas que establezcan gastos, siendo este último grupo el que centra nuestra atención.

6.-Interpretación jurídica de la expresión normas que establezcan gastos

6.1.-Interpretación de la corte constitucional

El pronunciamiento de la Corte Constitucional sobre el parágrafo del artículo 9 de la citada Ley 393 de 1997 se da a partir de la demanda de inconstitucionalidad presentada contra esta ley. En ella, el argumento de la parte demandante se centra en la tesis de que la limitación que se estableció en la ley a la acción de cumplimiento transgrede el artículo 87 de la Constitución Política, pues establece una restricción donde la Carta Magna no lo establece. (CC, Sala Plena, 29,Abr.1998. E D-1790, D-1793, D-1796, D-1798, D-1808, D-1810, D-1816, D-1817 Y D-1819,(C).(Carbonell).

Se dice que revisados los debates de la Asamblea Nacional Constituyente, no se estableció en ella ningún texto que se refiera a la limitación introducida por la ley; sin embargo, para la Corte de esto no puede afirmarse que la restricción legal pueda entenderse como inconstitucional, pues estudiándola en armonía con el resto de la Constitución, la misma puede ser necesaria. Así, considera el alto Tribunal que en términos de derechos fundamentales sus restricciones legales en principio no pueden ser rechazadas, dado que su validez dependerá de que tal restricción no afecte el núcleo del derecho y esa restricción sea razonable y proporcionada.

Para la Corte, resulta evidente que si constitucionalmente se ha establecido que la procedibilidad de la acción de cumplimiento se concreta cuando exista una omisión al deber, no

resulta que se exija el cumplimiento de normas que no establezcan una obligación al administrador.

Se dice que una orden de gasto no genera un inmediato deber de gastar. No se podría dar esta característica a la norma que establezca gasto y hacerla exigible a través de la acción de cumplimiento. La configuración legislativa del gasto es una condición necesaria para su nacimiento, pero no suficiente para que pueda ser ejecutada. Se entiende entonces a la luz del art. 345 de la C.P. que no puede existir una erogación que no se encuentre en la ley de presupuesto, pero que quedará a la decisión del Gobierno decidir de acuerdo a sus políticas qué erogación puede incluir en su proyecto de presupuesto.

Ya terminando en el argumento, se dice que el establecer partidas en la ley anual de presupuesto no obedece a rubros que impostergablemente debe ejecutarse, pues su carácter es establecer topes a cada partida; se pone de presente el artículo 347 de la C. P. respecto de las apropiaciones del presupuesto donde se puntualiza qué rubro puede ejecutar el Estado durante la vigencia fiscal respectiva, lo cual no debe entenderse necesariamente como la obligación de gastar.

Según la Corte Constitucional, darle poder al Juez para que incorpore un gasto en la ley de presupuesto o que, estando ya, obligue al administrador del Estado para que lo ejecute, derrumbaría el sistema presupuestal establecido por la propia Constitución.

Resumiendo la idea, es decir, la que la Corte da sobre la expresión normas que establezcan gastos y que se desprende de los argumentos acabados de mencionar, tenemos que tiene una posición restrictiva y exegética pues da por sentado la improcedibilidad de la acción de cumplimiento, incluso ni siquiera de aquellas normas cuando tales tengan su partida presupuestal,

ya que hasta la ejecución del gasto la restringe inscribiéndola en las facultades del administrador del Estado.

Ciertamente, dentro del fallo que emite la Corte respecto de la Constitucionalidad de la Ley 393 de 1997, documento base para este trabajo, se observa cierta imprecisión en cuanto al objeto de la ley, pues en principio se dice que este es la protección de los derechos y continuando en su texto se establece que el objeto de la acción de cumplimiento es lograr la eficacia de las normas, pero no de aquellas que impliquen gasto, así de ello dependa la efectividad de un derecho.

6.2.-Interpretación en el salvamento de voto

Tal como lo analizan los Magistrados Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo, y Vladimiro Naranjo Mesa en su salvamento de voto a la sentencia C - 157 de 1998, el hecho de que el legislador haya establecido una limitante al ejercicio que la propia constitución nacional no incorporó hace que se desnaturalice la acción de cumplimiento.

Para los disidentes, es suficiente leer el artículo citado para observar que la restricción que se estableció por el legislador transgrede flagrantemente el postulado Constitucional, pues mientras el constituyente no hizo distinción alguna en el artículo que estableció la acción de cumplimiento, el legislador la condicionó haciéndola improcedente.

Los Magistrados anteriormente citados, sienten que la anterior apreciación no tiene sentido lógico y malinterpretan las reglas de la Carta Magna ya que se confunde el prerequisite que establece el artículo 345 de la Constitución para realizar el gasto con la posibilidad de acceder a la acción de cumplimiento a fin de obtener la eficacia de una norma que implique gasto, pues una cosa es que a la norma que establece gasto se le exija encontrarse en una ley de presupuesto, y

otra cosa distinta a decir que no es posible acudir a la acción de cumplimiento de norma que implique un gasto.

6.3.-Interpretación del Consejo de Estado

Una vez sentada la posición de la Corte Constitucional respecto a la procedibilidad de la acción de cumplimiento referente a normas que establezcan gastos, el Consejo de Estado, al ser el encargado en últimas de resolver los casos concretos que como instancia de cierre tiene que asumir, se da cuenta de los yerros en que se puede incurrir si se aplica de manera ciega la postura de la Corte Constitucional. Así, sin plantear una contradicción directa se aparta de la misma y va creando su propia jurisprudencia, al punto que ordena incluir gastos ordenados por la ley en el respectivo presupuesto.

Por lo tanto, luego de inadmitir varias demandas respecto del cumplimiento del artículo 86 de la Ley 30 de 1992, que se refiere al incremento que anualmente deben hacer la Nación, los Departamentos y los Municipios a las Universidades, resuelve el Consejo de Estado conocer de fondo una de ellas y en su fallo ordena que se haga las transferencias de acuerdo a como lo dice la norma citada. Argumenta que esta norma no es precisamente una que establezca un gasto, más bien considera que el gasto ya está incluido en el presupuesto y lo que se hace es fijar los montos cómo debe realizarse el presupuesto, diferencia ésta que según mi criterio sólo disimula levemente su argumento pues en su parte resolutive ordena al Estado a incluir en sus presupuestos las apropiaciones pertinentes, es decir, ordena cumplir la norma que implicó un gasto.

Ahora bien, la posición del Consejo de Estado trae un segundo aparte, es decir, la postura frente a aquellas normas que establecen gastos y que ya se encuentran incluidas en el

presupuesto, a lo que el Consejo asumió apartarse de la posición de la Corte estableciendo que siempre que la norma establezca gastos y que tal se encuentre ya incluido en el presupuesto es posible ordenar su ejecución a través de la acción de cumplimiento. En ese sentido, considera que es un deber del funcionario el darle cumplimiento, por lo que se aparta de la tesis de la Corte Constitucional que considera que una partida presupuestal no obliga a gastarla pues solo es un tope máximo que se establece para el administrador.

En síntesis, la interpretación que el Consejo de Estado le da a la expresión normas que establecen gastos, se concreta en considerar que el gasto público se compone de dos momentos administrativamente: por un lado y como primer suceso está LA CREACIÓN DEL GASTO; y en un segundo momento, la EJECUCIÓN DE GASTO, dos momentos diferentes. Así, en tanto en la CREACIÓN DEL GASTO no puede intervenir el actuar del Juez pues no está dentro de su órbita de competencias, la EJECUCIÓN DEL GASTO sí puede ser exigida por la autoridad judicial pues un fallo simplemente está haciendo cumplir una disposición que legislativa y administrativamente ya se encuentra configurada de acuerdo a la normatividad del caso, más cuando no existe una invasión de competencias al legislativo o al ejecutivo. (CE, sección 5, 16, Dic. 2004. E653, (ACU). Berreiro).

6.4.-Interpretación doctrinal

Gran parte de los autores consultados concuerdan en una tesis que trata de atemperar la situación, pues consideran que si bien no se le puede dar la interpretación que la Corte Constitucional le dio a la restricción, pues ésta es muy cerrada, tampoco consideran que esté mal, pues se dice que ayuda a delimitar las funciones del legislador en cuanto a la fijación de una ley que establece un gasto, delimita entre el administrador y la funciones inherentes al Juez, aclarando

que se inclinan a la tesis del Consejo de Estado, donde hace viable la acción si la norma establece un gasto y éste está ya contenido en un presupuesto. Por su parte, quienes son más radicales consideran como un desajuste el permitir que una norma inferior haya restringido una norma constitucional y desbaratan los argumentos dados por la Corte Constitucional a la hora en que se estudió la constitucionalidad de la norma.

En este estado de nuestra investigación, donde ya hemos fijado las posiciones que tienen cada uno de los actores respecto al tema propuesto iremos entonces acercando la parte teórica que ya se expuso hacia el estudio de campo que se realizó en nuestro trabajo así:

7.-Estudio de campo

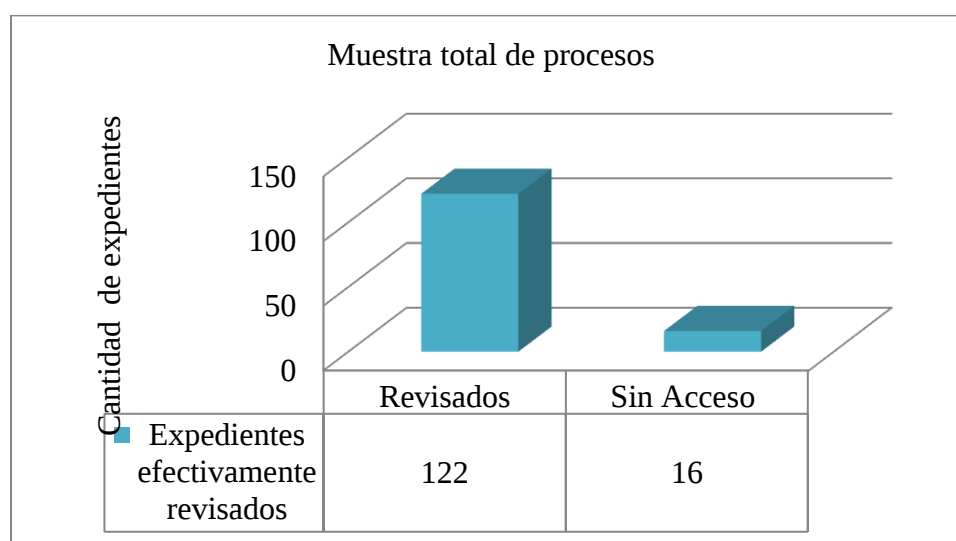
7.1.-Metodología y universo

Se utilizó el método descriptivo, para lo cual fue necesario estudiar la norma, jurisprudencia y casos concretos que referían demandas de acción de cumplimiento con pretensión de gastos para la administración. Esto se dio a través de la descripción exacta de la restricción establecida en la ley, igualmente cuantificando el sentido de las decisiones tomadas por cada despacho judicial, ya que de este resultado depende la inclinación que se pueda conceptuar para cada uno de ellos ; para este propósito, tomamos una fuente primaria documental, la que consistió en 138 expedientes judiciales de Acciones de Cumplimiento tramitadas en el Distrito Judicial de Pasto en el periodo comprendido entre los años de 2007 a 2011, de los cuales se tuvo acceso material a 122 expedientes, obteniéndose datos que fueron analizados por medio del diligenciamiento de fichas técnicas, que nos llevó a un análisis estadístico del tema propuesto.

Se aclara que la presente investigación se realizó con la colaboración de la Universidad de Nariño Observatorio de Justicia Regional- Subgrupo Derecho Administrativo, teniendo como

universo de investigación 138 procesos, pertenecientes a los Juzgados Administrativos del Circuito de Pasto, los cuales fueron tramitados en el periodo comprendido entre los años 2007 a 2011, de cuyos expedientes tan sólo fue posible tener acceso a 122 expedientes, de los que se recolectó la información.

Análisis estadístico de los expedientes revisados

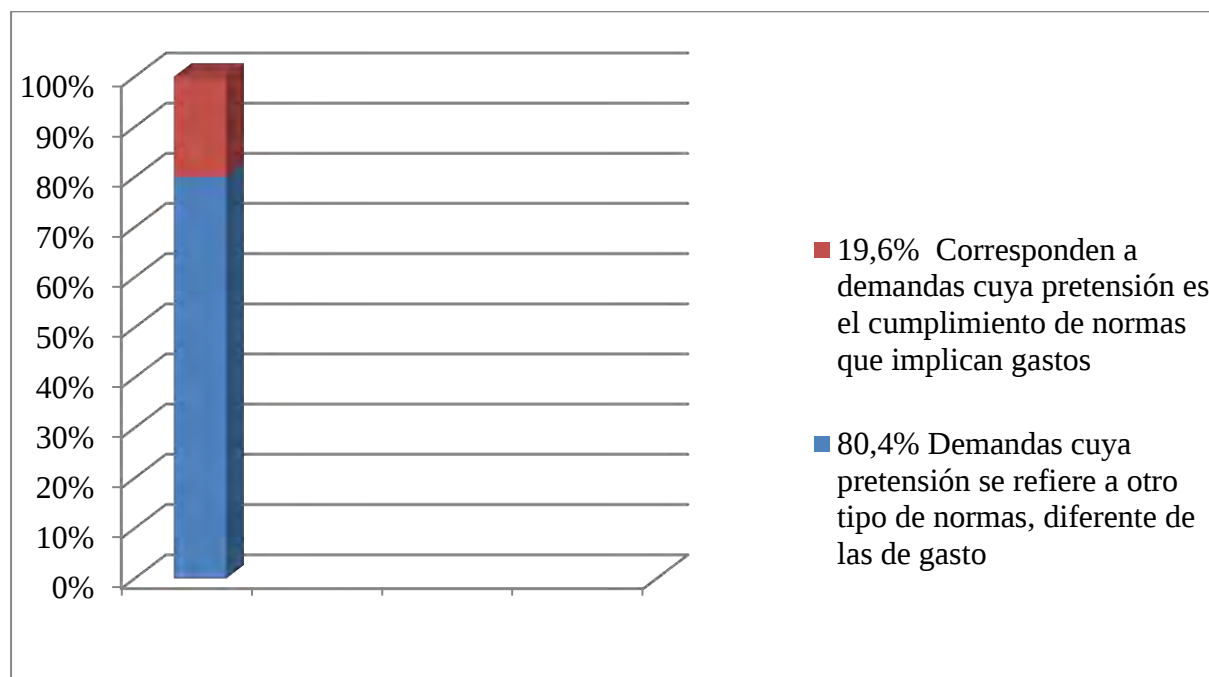


Grafica 1. Fuente. Información recolectada.

Tenemos de la gráfica No. 1 que, del total de 138 expedientes que se fijaron como universo de estudio sólo se tuvo acceso a 122, los que fueron efectivamente revisados puesto que 8 fueron remitidos a otros Despachos por declararse impedimento y 8 más se retiraron con anexos, lo cual hizo imposible el tema de estudio sobre ellos.

Así las cosas, los 122 expedientes se analizaron mediante el diligenciamiento de fichas técnicas, las que en su tópico No. 4 registran el tipo de norma que se pretende su cumplimiento, contabilizándose las que pretenden gastos, datos que se grafican en el siguiente cuadro.

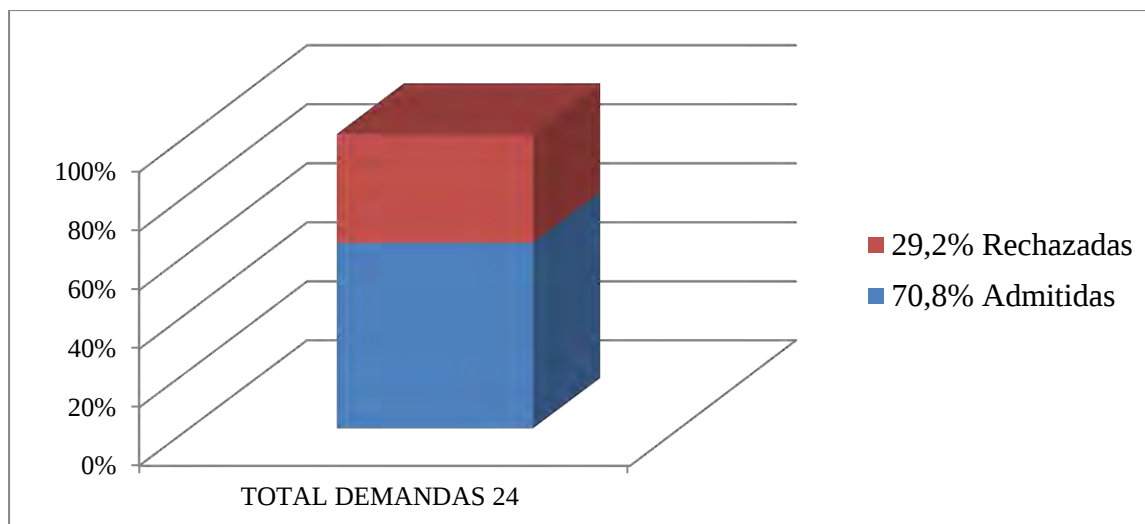
Demandas cuya pretensión es el cumplimiento de normas que implican gastos



Gráfica No. 2 Fuente. Información recolectada.

Como se observa en la gráfica No. 2, del total de 122 expedientes, 24 expedientes que equivalen al 19,6% corresponden a demandas cuya pretensión es el cumplimiento de normas que implican gastos, y las restantes 98, equivalente al 80,4%, corresponden a demandas cuyas pretensión se refiere a otro tipo de normas, diferente de las de gasto; así, tenemos que nuestro estudio se va resumiendo a 24 expedientes que será nuestro 100%. Ahora, de estos 24 expedientes estudiaremos cuántas resultaron admitidas y cuántas rechazadas, datos que se consignan en el siguiente gráfico.

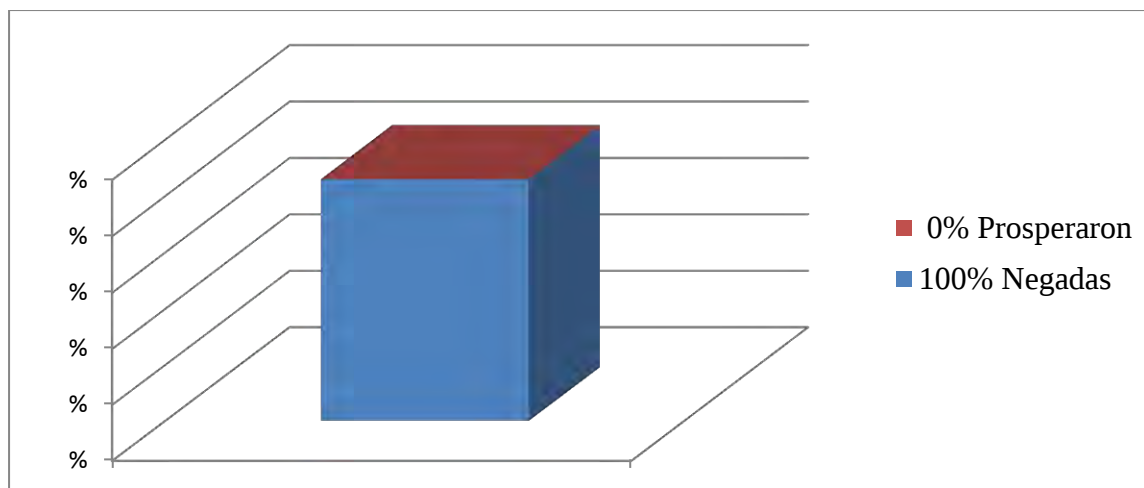
Demandas admitidas vs rechazadas



Grafica No.3 Fuente. Información recolectada.

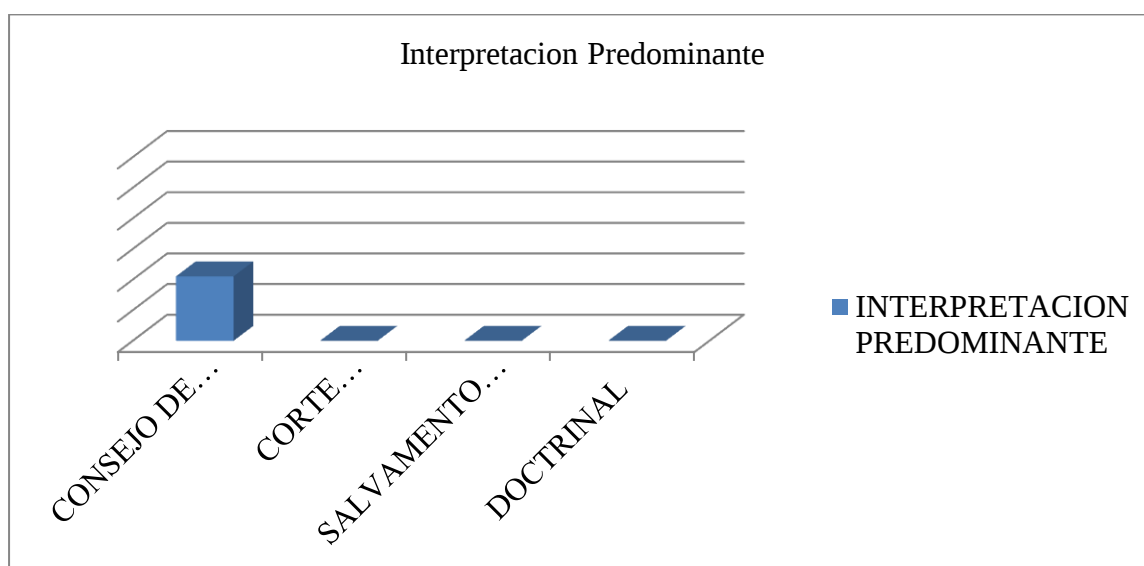
Como se observa, de los 24 expedientes que corresponden a nuestro 100% fueron admitidas 17 demandas que equivalen al 70,8%, y 7 que corresponden al 29,2% fueron rechazadas; se observa aquí que en la mayoría de los casos el Juez, en el examen de admisión, no estimó pertinente abordar el análisis de que si se trata o no de una norma que implicaba gastos, y solo en las 7 restantes lo tomo como causal de rechazo. Veremos ahora cuántas de ellas, las admitidas, prosperaron y cuántas fueron negadas, conforme al siguiente gráfico.

Demandas que prosperaron en los Juzgados Administrativos del Circuito de Pasto



Grafica No. 4 Fuente. Información recolectada.

Como vemos, de los 17 expedientes que continuaron con el trámite, ninguna de sus demandas prosperó precisamente por haberse declarado improcedente la acción en tanto se exigía el cumplimiento de una norma que implicaba un gasto; de ahí que es necesario establecer gráficamente cuál fue la posición predominante que acogieron los Juzgados para motivar sus fallos negativos, así:



Grafica No.5 Fuente. Información recolectada.

Tenemos que la interpretación del Consejo de Estado fue acogida por la totalidad de los Juzgados a la hora de motivar sus providencias para negar las pretensiones de las 17 demandas que se estudiaron, lo que sugiere que, después del análisis cuantitativo,deba abordarse un análisis cualitativo, determinando caso por caso la argumentación y análisis de la posición del Consejo de Estado en la que basaron sus fallos los Juzgados Administrativos del Circuito de Pasto para negar las acciones, e igualmente lo dicho por el Tribunal en segunda instancia.

Expedientes de acciones de cumplimiento en las que se pretendía un gasto del Distrito Judicial de Pasto años 2007-2011

No	Juzgado	Expediente
1	Primero	2007-287
2	Primero	2007-265
3	Primero	2007-267
4	Segundo	2008-112
5	Tercero	2007-264
6	Tercero	2007-272
7	Tercero	2007-257
8	Tercero	2008-125
9	Cuarto	2007-218
10	Cuarto	2007-222
11	Cuarto	2008-112
12	Cuarto	2008-120

13	Quinto	2008-119
14	Quinto	2008-096
15	Quinto	2010-174
16	Quinto	2010-252
17	Sexto	2008-103

Grafica No. 6. Fuente: Información recolectada

7.2.-Análisis caso por caso

2007-287. Se buscaba el cumplimiento del Acuerdo No. 008 de mayo 14 de 2007 por medio del cual se modifica la escala de remuneración de la planta de personal del Municipio de San Lorenzo para la vigencia fiscal de 2006.

El Despacho consideró dos argumentos en su providencia: primero, que las normas demandadas no contienen una obligación expresa clara y exigible respecto del municipio accionado y por ende hacen improcedente la acción constitucional; y segundo, que la norma que se busca cumplir implica apropiar un rubro de gasto para la administración municipal, lo que obedecería a que el Juez asuma competencia que le corresponden a otras ramas del poder público; finalmente, dentro del proceso el Municipio demostró que ya realizó la ejecución del gasto pedido; en este caso, se observó que el Juzgado basó su providencia en la tesis dada por el Consejo de Estado, ya que el acuerdo creó el gasto pero no se encontraba en su presupuesto. Sin embargo el Despacho no entra a analizar los dos momentos que explica el Consejo de Estado dentro del nacimiento de lo que es un gasto en la administración que sería la creación y su ejecución, pasivamente se remite el Juzgado a determinar que se trata de una norma que implica

un gasto y declara su improcedencia argumentando que el obligarla a cumplir implicaría crear un rubro dentro del presupuesto. Según la ficha no se tramito segunda instancia.

2007-264, 2007-222, 2007-265, 2007-218, 2007-257, 2007-267. Se pretendía en estos procesos a través de la acción de cumplimiento que se acate el Decreto 4106 del 2005 artículo 2 y el artículo 24 del decreto ley 919 de 1989, mediante los cuales se procede a la adquisición efectiva de los predios de propiedad de la Sociedad Alcala de Briceño dentro del plan de contingencia por la amenaza del Volcán Galeras.

El Juzgado Primero Administrativo a través de sentencia negó las pretensiones de la demanda basándose en tres argumentos: primero, que las normas de las cuales se pretendía su cumplimiento no contenían una obligación clara, expresa y exigible; segundo, que la acción de cumplimiento es de naturaleza residual y para el caso en estudio el demandante tenía otros medios de defensa judicial; y por último, argumentó que el cumplimiento de tal norma conllevaría a un gasto para la administración pública. Hay que abonar para el Juzgado que en este punto, por lo menos hizo la distinción en el sentido de manifestar que lo que se pretendía era el cumplimiento de la ley y no su ejecución, dando a entender que compartía la tesis dada por el Consejo de Estado respecto de los momentos que tiene el nacimiento del gasto público.

En la segunda instancia, el H. Tribunal Sala de lo Contencioso Administrativo determinó que no se llegó a probar por los demandados que las normas invocadas se hayan incumplido, pues el proceso de contingencia para la amenaza del volcán Galeras se estaba ejecutando y no existía mora injustificada.

2008-112. La administración municipal de Tumaco, Nariño, expide la resolución No. 417 de 2 de Octubre de 1998, por medio de la cual reconoce y ordena pagar las prestaciones sociales de uno de sus empleados, autorizando para ello a la tesorería municipal, aunque no existe prueba

del registro y disposición presupuestal. Se basa esta providencia en la tesis asumida por el Consejo de Estado y se manifiesta que si bien existe norma, ésta no posee un rubro para su ejecución. El caso no precisa mayor análisis pues aun asumiendo una posición radical en pos de que se cumpla la norma –acto administrativo- carece del requisito que el Consejo de Estado exige que se encuentre en el rubro del presupuesto. El Tribunal, por su parte, agudiza en que lo pretendido corresponde a prestaciones laborales y por tal deben reclamarse en esta jurisdicción, y coincide en que se trata de una norma que implica gasto a la cual le falta incluirse en el rubro presupuestal a fin de hacerla ejecutable; se observa entonces una posición claramente ajustada a lo dicho por el Consejo de Estado.

2007-272. Igual que en el caso anterior, el demandante pide se ordene y proceda con el cumplimiento en forma inmediata del Decreto 4106 del 15 de Noviembre de 2005 por la amenaza del Volcán Galeras; en este caso, el Juzgado de Instancia centra su argumento en un solo punto: la norma implica un gasto, pues si bien la norma se encuentra vigente ésta no ha dispuesto aun una erogación en el presupuesto; fielmente se sigue la tesis dada por el Consejo de Estado sin mayores análisis al caso concreto. Según la ficha no se dio segunda instancia.

2008-125. El accionante busca el cumplimiento de la Ley 244 de 1995, en su Artículo 2, y así obtener el pago de sus cesantías; según el Juzgado no se puede configurar una obligación que pueda ser exigida por la acción de cumplimiento si la ley no ha establecido una disposición presupuestal en el erario público, se acoge a la tesis del Consejo de Estado. En sí, las providencias no ofrecen mayor complejidad o tema de discusión, sus argumentos son repetitivos incluso de Juzgado a Juzgado. Según la ficha este proceso no tuvo segunda instancia.

2008-112. Se solicita el cumplimiento del Acto Administrativo Resolución No. 492 del 31 de diciembre de 2007, por la que se constituyó cuentas por pagar. El Despacho argumenta que la acción de cumplimiento es una acción residual, además dice que la norma no contiene una

obligación clara expresa y exigible y termina poniendo en consideración la restricción del párrafo del artículo 9 de la Ley 393/1997, afirmada por jurisprudencia del Consejo de Estado, siguiendo su tesis, sin mayor análisis sobre lo que se considera gasto.

2008-120. El actor pide se dé cumplimiento a un Acto Administrativo, concretamente al Art. 6 Decreto 1189 de 1988, en busca de que se haga un reintegro de dinero que le fuera retenido indebidamente. El Juzgado determina en el caso que no se extracta de la norma que se infiera un deber de lo pedido por el demandante, y que ello nace de una sentencia la cual incluso no fue aportada en debida forma; se dice que existen otros medios de defensa judicial; que no se trata de una orden que goce de los atributos de ejecutoriedad; y que además la norma implicaría un gasto; no se dice nada nuevo en su análisis respecto de lo ya dicho en otros expedientes, cita y sigue la tesis dada por el Consejo de Estado. Según la ficha este proceso no tuvo segunda instancia.

2008-119. Se buscaba el cumplimiento del Acto Administrativo 471 del 28 de Junio de 2004 que se refiere la inclusión en la nómina de Pensionados, originado por una sentencia de tutela. Dice el Juzgado de origen que se trata de una norma que implica un gasto y en el que no se tiene disposición presupuestal, sigue el despacho la tesis del Consejo de Estado respecto de los dos momentos de la creación de la norma que implica un gasto. Argumenta sin mayores novedades de lo ya dicho. Según la ficha este proceso no tuvo segunda instancia.

2008-096. En este caso se busca el cumplimiento del Acto Administrativo Resolución No .492 del 31 de diciembre de 2007 que estableció el plan de cuentas por pagar del municipio de Ancuya, Nariño. En este caso, el Juzgado trae un análisis por lo menos diferente al resto, inicia diciendo que el fin de la acción de cumplimiento no es ordenar el gasto público, ni dar órdenes al ejecutivo como organizar el presupuesto, pero si cuando este ya se encuentre configurado dentro de la partida presupuestal, puesto que por cualquier causa puede no ser cumplida. Observamos mayor análisis que otros casos y explica la tesis del Consejo de Estado respecto de los dos

momentos de la creación de la norma que implica un gasto. Por su parte el Tribunal confirma la decisión y argumenta que no se trata de una orden clara e inobjetable.

2010-174. Se pretende ordenar a la entidad demandada dar cumplimiento al Acuerdo 038 de 2010, por medio del cual se adoptan las escalas de remuneración a las distintas categorías de empleos del Municipio de Pasto. El Juzgado acoge los mismos argumentos ya dichos y aclara que sería viable la acción si el gasto ya estuviese dentro del presupuesto de la entidad, posición dada por el Consejo de Estado.

2010-252. Se busca con la acción que el Despacho ordene a la entidad demandada Municipio de San José de Albán, Nariño, dé cumplimiento a la medida preventiva fijada por CORPONARIÑO a través de la Resolución No. 0420 del 7 de septiembre de 2009, en la que pide se cierre con cerca adecuada el relleno sanitario. El Juzgado considera que aun tratándose de una obligación de hacer esta conlleva un gasto para la administración, se reitera que no existe gasto que pueda ser exigido a través de la acción de cumplimiento sin erogación presupuestal, tesis del Consejo de Estado.

2008-103. La pretensión de la accionante implica el pago de una suma de dinero que considera se le adeudan en razón de la orden de prestación de servicios suscrita con la Alcaldía municipal de Ancuya, Nariño, cuyo reconocimiento se deriva de su inclusión en la Resolución 492 del 31 de diciembre de 2007. El Juzgado consideró que exigir el cumplimiento a la entidad accionada necesariamente implica gastos y, por tanto, se configura la prohibición señalada en el parágrafo del artículo 9º de la Ley 393 de 1997. No se afirma directamente pero se acoge los postulados de la tesis del Consejo de Estado. El Tribunal confirma la decisión y los argumentos y adiciona que la actora tiene otro mecanismo de defensa judicial.

Conclusiones

La acción de cumplimiento es la herramienta jurídica a nivel constitucional que sirve para exigir de la autoridad renuente su cumplimiento, incluso de las normas que implican gasto cuando estas ya tengan una partida presupuestal.

Si bien la posición de la Corte Constitucional es cerrada y tajante respecto de la viabilidad de la acción de cumplimiento con relación a las normas que establezcan gasto, posición que aparece descrita en la sentencia C 157 de 1998, ha sido el Consejo de Estado el que ha construido la tesis de la viabilidad de la acción de cumplimiento respecto de normas que establezcan gasto, así, cuando se ordena incluir en la partida presupuestal el gasto contemplado en una ley y cuando se ordena la ejecución de un gasto ya contemplado en la ley y en el presupuesto, esto ha hecho que la acción en comento sea procedente y tenga más operatividad y alcance.

Tenemos que se extractan 4 interpretaciones respecto de las normas que implican gasto, la de la Corte Constitucional, la cual es radical y exegética en la medida que prohíbe al Juzgador ordenar el cumplimiento de este tipo de normas; sigue la posición que se establece en el salvamento de voto sentencia C -157 de 1998, donde establece que la restricción sobre las normas que establecen gastos se considera inconstitucional y debería desaparecer del ordenamiento jurídico; se continúa con la posición de la doctrina, que es una posición más atemperada y que considera necesaria la restricción pero con algunas salvedades como las que establece el Consejo de Estado; y finalmente, la posición del Consejo de Estado que es la predominante en todos los Juzgados Administrativos de este Circuito, que considera apartarse de la tesis constitucional pues plantea que toda norma que implica gasto es demandable su cumplimiento siempre y cuando se haya incluido en la partida presupuestal el gasto contemplado y así se ordena su ejecución.

Existe un criterio casi único entre los fallos de los Despachos judiciales analizados respecto del concepto que comprende la restricción del párrafo del art. 9 estudiado; Los Despachos acogen la tesis dada por el Consejo de Estado.

Se observa dentro de los expedientes analizados y en los que se solicita el cumplimiento de una norma que implica gasto, sus providencias tienen una interpretación parecida, pues como primer punto a destacar está que anteponen la restricción legal establecida en el párrafo del art. 9 de la Ley 393 de 1997 sobre el artículo 87 de la Constitución Nacional, aun a pesar de que dentro de la norma constitucional no se hizo referencia por ninguna parte diciendo que esta acción se desarrollaría de acuerdo a como la ley establezca, precepto que el constituyente lo hizo en otros artículos de la Constitución cuando así lo consideró pertinente.

Por su parte los Juzgados Administrativos a los que se estudió los expedientes repiten fielmente el análisis dado jurisprudencialmente por el Consejo de Estado y se realiza poco esfuerzo analítico en determinar si el caso cabe en las reglas detalladas por el mismo Consejo de Estado para su viabilidad. El Tribunal de Nariño Sala de lo Contencioso Administrativo, confirma este criterio.

Referencias

Consejo de Estado. Sección Quinta. Radicación numero: 25000-23-26-000-2003-1925 01(ACU) dieciocho (18) de diciembre de dos mil tres (2003) Consejero ponente: Darío Quiñones Pinilla

Roberto Hernández Sampieri (1997). *Metodología de la investigación*. Impreso por Panamericana Formas e Impresos S.A.

Gilberto Augusto Blanco Z(2003) La acción de cumplimiento - Comentarios a las limitaciones de su ejercicio,*Revista de Derecho, Universidad del Norte.