



Autor: Luis Mario Marín Cadavid
Título: Paseando por Cuba
Técnica: Acuarela
Dimensiones: 76 x 56

ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO Y DEBERES DE GASTO*

* Este artículo contiene los resultados finales de la investigación “Aplicación de la acción de cumplimiento respecto de normas que establecen gastos”, aprobada y financiada por el Comité Técnico de Investigaciones de la Universidad de Antioquia, como proyecto del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la misma Universidad. Participaron, además, como co-investigadores, los profesores Ana Victoria Vásquez Cárdenas, Marta Nubia Velásquez Rico y Luquegi Gil Neira. Y, en calidad de estudiantes, Donna Samanta Merchán Zapata, Nidia Cristina Montoya Restrepo y Aleidy Flórez Bedoya.

Fecha de recepción: Agosto 31 de 2009
Fecha de aprobación: Octubre 5 de 2009

ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO Y DEBERES DE GASTO

*Adriana María Restrepo Ospina***

RESUMEN

La acción de cumplimiento busca obligar a las autoridades que se niegan a cumplir las leyes y actos administrativos hacerlo. Esto es importante dadas las particulares atribuciones de poder público que desempeña el Estado. El artículo 87 de la Constitución regula esta figura, y la Ley 393 de 1997 la desarrolla. Ésta, en el párrafo de su artículo 9, establece la improcedencia de dicha acción frente a normas que establezcan gasto. La Corte Constitucional consideró ajustada a la Constitución tal restricción y el Consejo de Estado, en algunas de sus providencias, ha sostenido que, por limitar un mandato constitucional, la misma sólo procede frente a normas que ordenen la inclusión de nuevos gastos en el presupuesto, pues estando apropiados y con certificados de disponibilidad y registro presupuestal, la entidad ya no tiene discrecionalidad para decidir el gasto. Por tal debate, y dado el consenso sobre la existencia de potestades discrecionales en materia presupuestal, es necesario un análisis detallado tendiente a delimitar su marco normativo, especialmente en materia de gasto público.

Palabras clave: Estado de Derecho, obligaciones estatales, cumplimiento de las normas jurídicas, Acción de Cumplimiento, potestades discrecionales.

ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO*** AND OBLIGATIONS OF EXPENDITURE

ABSTRACT

Acción de cumplimiento looks for force to the authorities who refuse to obey the laws and administrative acts to do it. This is important considering the particular attributions of public power. The article 87 of the Constitution regulates this concept, and the Law 393 of 1997 develops it. In the paragraph of its article 9; it establishes the impossibility of application of the said action when it comes about norms that establish expenses. The Constitutional Court considered in accordance to the Constitution such restriction and the State Council****, in some of its decisions, has supported that, because it limits a constitutional norm, this is admissible only if it comes about norms that order the inclusion of new expenses in the budget, because being appropriated and with availability certificates and budgetary register, the entity doesn't have discretionary to decide the expense. Because such a debate, and given the consensus about the existence of discretionary authority in budgetary subject, it is necessary a detailed analysis aiming to delimit its normative framework, especially in public expensive subject.

Keywords: Rule of law, States obligations, compliance of the legal norms, Acción de Cumplimiento, discretionary authority.

** Profesora de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

*** The "acción de cumplimiento" is a special type of action in Colombia, in which somebody can ask to the Judge to order the execution of a law or an administrative act. Look at the article 87 of the Colombian Constitution.

**** This is the name that receives one of the high courts in Colombia, which is the organ that resolves conflicts about the public function.

ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO Y DEBERES DE GASTO

INTRODUCCIÓN

En épocas como la actual, cuando la discusión sobre las obligaciones de las autoridades públicas parece estar determinada teórica e históricamente de forma clara desde hace más de 200 años, hablar de la acción de cumplimiento aparece como una tarea inocua, pues parece obvio que la obligación de cumplimiento de las normas jurídicas por parte del Estado es un imperativo histórico superado, gracias a la implementación en occidente de los denominados “Estados de Derecho”, luego mutados a Estados Constitucionales, o Sociales de Derecho, tal como sucede en Colombia con la Carta constitucional de 1991.

Sobre el Estado de Derecho parece haberse ya dicho bastante. Que el principio de legalidad es el instrumento mediante el cual se materializa, y que a través de él los agentes del poder público deben ajustar sus actuaciones a los mandatos del derecho. Y, en este contexto, que la acción de cumplimiento se inserta como mecanismo jurisdiccional necesario para hacer efectivos los mandatos de la ley y de los actos administrativos.

Si a esto se le suma un cierto consenso sobre el postulado según el cual la acción de cumplimiento ha perdido toda su eficacia material, gracias a las interpretaciones hechas por las Altas Cortes al parágrafo del artículo 9 de la ley que la regula, parece aún más innecesario abordar como problema de investigación jurídica tal figura. Sin embargo, y precisamente a la luz de esos acontecimientos, se hace necesario replantear tal acción, al menos desde dos puntos de vista: uno teórico-filosófico, que permita ubicarla en un contexto justificativo y teórico jurídico. Otro práctico, que posibilite una revisión detallada de los usos que las Altas Cortes le han dado en el país y de las principales líneas argumentativas en que los sustentan.

1. ESTADO DE DERECHO Y ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO

La premisa máxima con la cual surge el concepto moderno de Estado, consiste en el compromiso de sometimiento de todos los sujetos del Estado a la normatividad jurídica. Exigencia dirigida, principalmente, a someter a las autoridades al impe-

rio de la ley, como garantía de salvaguarda de los derechos del sujeto humano. El desarrollo histórico de este modelo permitió consolidar el Estado Social de Derecho, que torna como postulado fundamental del Estado los intereses de los administrados, especialmente en asuntos sociales o colectivos, uno de los cuales se materializa en la renovada exigencia de que el Estado garantice el efectivo cumplimiento de las normas que regulan el actuar de todos los asociados, más aún cuando se trata de la salvaguarda de los derechos y garantías.

En esta concepción se establece una especial relación ciudadano-Estado: éste sólo se justifica como protector de los derechos de aquéllos y, por tanto, los límites de su actuación serán esos mismos derechos. El Estado Social, a pesar de integrar nuevos propósitos y funciones, no representa una renuncia a la estructura funcional y justificativa propia del Estado de Derecho: la legalidad y el consecuente sometimiento del Estado al ordenamiento jurídico. De este modo, el principio de legalidad sirve para sostener la afirmación fundacional del Estado moderno: al ciudadano le está permitido realizar todo lo que no le esté expresamente prohibido, lo que se enuncia en la noción de *capacidad*; por su parte, al Estado le está prohibido todo, salvo lo que le esté expresamente permitido en la ley, principio que se denomina *competencia*. Siendo así, todas las actividades estatales deberán estar autorizadas previamente en el ordenamiento jurídico; esto explica una cara de la relación Estado-Derecho, que tiene como contrapartida la obligación de acatarlo.

Así, en un Estado sometido a la legalidad, las leyes y actos administrativos son producto de atribuciones jurídicas de poder, que se asignan mediante competencias concretas; y que por ello, comportan la obligación de ejecución. El Estado debe velar por el cumplimiento del orden jurídico: aplicando sanciones, asignando ventajas, ejecutando los contenidos de las normas jurídicas. Es ésta su principal vocación: las normas se expiden para ser aplicadas, ejecutadas; la finalidad legítima de su expedición es, precisamente, su cumplimiento. Y de ello no están exentos los órganos o sujetos estatales.

Puede decirse, respecto del cumplimiento y en una aproximación muy general, que el derecho se acata de dos formas: por voluntad o por la fuerza. Distinción que omite los matices necesarios para determinar en concreto dicho cumplimiento, y los debates teórico-filosóficos sobre la eficacia jurídica, pero que en este caso son prescindibles. Otra distinción muestra que el derecho lo cumplen el Estado y los particulares. Y, si se pregunta qué implicaciones se derivan de la noción de cumplimiento, se verá que tanto los particulares como el propio Estado pueden cumplir el derecho, en primer lugar, voluntariamente, caso en el cual acudiendo a Kelsen, se

encontraría el nivel ideal de eficacia¹: en esta situación de total cumplimiento de los mandatos del derecho se hace innecesaria la imposición de sanciones.

En segundo lugar, el derecho se cumple coercitivamente. Frente al desacato al derecho procede: a) la imposición del cumplimiento de los contenidos de las normas de manera forzosa, ejecutiva; b) la aplicación de las consecuencias establecidas en las normas para el caso de su violación, por parte principalmente de las autoridades judiciales, mediante sentencias que impongan medidas de carácter sancionatorio, resarcitorio o indemnizatorio y c) en caso de que el destinatario de la sanción o ejecución estatal se niegue a aceptarla, será posible ejercer entonces la coercibilidad contemplada en el derecho².

Frente al cumplimiento voluntario procede preguntarse si en un Estado sometido a derecho existe arbitrio estatal frente a la decisión de acatar o no lo contenido en las normas. A primera vista, la respuesta parece ser un rotundo no. Hay que recordar que lo que opera frente a tal tipo de Estado es una prohibición general, derivada del principio de legalidad: la competencia. Esta pregunta hace necesaria la reflexión en el ámbito de las competencias, puesto que es posible encontrar asignaciones de éstas que contienen potestades de obligatorio cumplimiento por parte de su titular, como la administración de justicia, y atribuciones que se entienden como potestades discrecionales. Y aquí el análisis tiene que hacerse de manera mucho más detallada. Esta problemática se abordará en lo que respecta a la acción de cumplimiento relativa a normas sobre gasto.

En principio, entonces, el cumplimiento del derecho es exigible de todo aquél que lo produce, incluyendo al propio legislador. Como se evidencia en el caso del contrato, atribución propia de legislación singular para el ciudadano. El que hace las normas es el primer obligado a cumplirlas. De eso se trata precisamente un Estado de Derecho. En esta lógica, se torna incomprensible la sola posibilidad de exceptuar del cumplimiento de su voluntad creadora de derecho a las autoridades públicas. Eso significa, en términos políticos, un retroceso radical a una situación social previa al Estado de Derecho, en la cual la autoridad del poder ejecutivo,

1 KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*. Trad. José J. Vernengo, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1986, p. 25.

2 De esta última manera de imponer el derecho, frente a los particulares, habrá que excepcionar lo contenido como mandato de los actos administrativos, pues dada su fuerza ejecutoria, se entiende que una vez se encuentran en firme son ejecutables directamente por la propia administración, sin necesidad de recurrir al procedimiento judicial. Esta consideración obliga a entender que, en los casos en los cuales la obligación emanada del acto recaee sobre la propia administración, se hace aún más obligatorio el cumplimiento voluntario para las autoridades, quienes en última son las directas encargadas de la ejecución.

centralizador de todos los demás poderes públicos, se hacía incuestionable, en virtud de que se entendía titular de la soberanía.

2. LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO

Como ya se enunció, la acción de cumplimiento, de carácter jurisdiccional, parte del postulado de violación del deber de acatar las normas³. Un punto relevante de esta acción es que involucra la eficacia de las normas. Y esta figura puede a su vez abordarse desde un presupuesto previo: la vigencia; el momento en el cual una norma empieza a regir, a ser obligatoria frente a sus destinatarios. En el caso de la ley, la vigencia u obligatoriedad surge, en los modelos legislados de derecho, con la publicación de la norma, ya sea aplicando la regla general de vacancia legislativa, o por la aplicación del término preceptuado directamente en la misma. Frente al acto administrativo, el Código Contencioso Administrativo habla de su notificación, cuando el contenido del acto es particular, o de la publicación, si es general.

Ahora, tratándose de leyes o actos administrativos cuyo destinatario es la propia administración o las autoridades o particulares que desempeñen función administrativa, no se entiende por qué tales actos o leyes no sean exigibles a partir de la iniciación de su vigencia, como sucede con los demás actos normativos del sistema jurídico, o con estos mismos actos, cuando se dirigen a los particulares.

A la ley que obliga al Estado le son aplicables exactamente iguales criterios que aquellos que vinculan a los particulares: su vigencia determina el inicio de su obligatoriedad. Por su parte, al acto administrativo le son aplicables, en principio, requisitos distintos. Ello, dadas las características de presunción de legalidad y ejecutividad propias de éstos, que los hacen obligatorios frente a los particulares, aún de manera más directa y que, no se ve por qué razón no lo sean cuando su destinatario es la propia administración pública, como cuando establecen gasto.

Frente al incumplimiento, es importante clarificar cuándo es obligatorio el mandato contenido en una ley o un acto administrativo que vincula a la administración pública como destinataria. Y habrá que concluir, como lo han hecho la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, que esto sucede cuando tales instrumentos normativos contienen una obligación clara, expresa y actualmente exigible, que

3 Merece resaltarse que, cuando se trata de obligar al Estado a cumplir el derecho, es el Estado mismo el encargado de hacerlo. Esta discusión se plantea, frente a la garantía de los derechos, no frente a la garantía del derecho, en: CAPELLA, Juan Ramón, *Fruta Prohibida*. Una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del estado. Madrid, Trotta, p. 115.

se pueda predicar en cabeza del accionado. En este caso, es procedente la acción de cumplimiento, con el propósito de compulsar a la autoridad a que cumpla con su obligación.

En esta situación la vía procesal es la del cumplimiento de la obligación, pues no es dable pensar que la administración pueda excusarse del cumplimiento de los actos emanados de su voluntad, tratándose de la ley, por ser ejercicio de soberanía popular, y tratándose del acto administrativo, por ser expresión unilateral de su propia voluntad, dirigida finalísticamente a la protección del interés general y la garantía de los derechos de los ciudadanos.

Ahora, además del cumplimiento de una obligación cabe otra opción jurídica: la indemnización de perjuicios. Ésta procede como potestad del acreedor, no del obligado, para excusar al deudor del cumplimiento debido y reclamar perjuicios. Es más, también podría excusarlo del pago de éstos. Esta posibilidad jurídica existe con toda legitimidad en el ámbito del derecho privado, que se encuentra gobernado por el principio de autonomía de la voluntad. Este último se justifica, desde la teoría política, gracias al principio de soberanía popular, y desde la teoría jurídica, en virtud del principio de legalidad, al establece como cláusula general la libertad a favor del ciudadano.

Cuando se trata del Estado, la situación es la opuesta. El principio de soberanía establece cuál es el límite y la dimensión social de lo que significa el Estado: un medio para ciertos fines; estos coinciden en la protección del ser humano, a cuyo servicio se encuentra el Estado y por quien adquiere justificación de ser. Y el principio de legalidad, al establecer la prohibición como principio frente al Estado, le niega libertad desde el origen y determina como ámbito exclusivo de su accionar la esfera de competencias, que no son sólo autorizaciones de acción sino, especialmente, fuente de obligaciones para el Estado.

También desde la dogmática administrativa, se entiende la acción estatal como una posibilidad limitada desde su origen: los principios que gobiernan las finalidades estatales, los que orientan la función pública y la función administrativa, son clara muestra de la justificación finalista del Estado, quien está instituido para: servir *“a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”* (Art. 2 C.N)

Ahora, desde el punto de vista de la responsabilidad del funcionario, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en Concepto 1.637, del 12 de mayo de 2005, con ponencia del Dr. Enrique José Arboleda Perdomo, sostuvo respecto de la acción de cumplimiento:

“El incumplimiento del deber legal de transferencia por parte de los municipios en favor de las corporaciones autónomas, puede generar eventualmente la consiguiente responsabilidad para los servidores públicos, ya sea patrimonial por los intereses y demás perjuicios que puedan causarse al Tesoro Público (Art. 45 decreto 111 de 1996), la fiscal por la demora injustificada en la cancelación de compromisos, estando disponibles los fondos (parágrafo Art. 112 *ibídem*), disciplinaria por autorizar, ordenar o utilizar indebidamente rentas que tengan una destinación específica en la Constitución o en la ley (Art. 48.20 ley 734 de 2002 -Código Disciplinario Único-) o penal a que haya lugar -peculado por aplicación oficial diferente o por no consignar oportunamente tasas recaudadas- (artículos 399 y 402 del Código Penal).

En esta lógica, tratándose de normas que establezcan gasto, se encuentran dos posibles situaciones: la existencia de una potestad discrecional y la existencia de requisitos especiales que afecten la exigibilidad de la obligación. Frente a las leyes que contemplan gasto, se puede aceptar una discrecionalidad relativa del gobierno, que se concreta en la posibilidad de establecer prioridades de gasto para su inclusión en la Ley de Apropriaciones, según el estatuto presupuestal, como se verá más adelante. Ahora, ¿existe una potestad discrecional, en cabeza de la administración, que le permita decidir libremente qué gastos de los aprobados en el presupuesto de la entidad ejecuta y cuáles no?

Para responder, habrá que consultar los requisitos de los actos del presupuesto, así como las potestades de cambio de destinación o modificación de las partidas presupuestales. Esta cuestión se torna importante dada la interpretación hecha por la Corte Constitucional y, en gran parte, legitimada por el Consejo de Estado respecto de la procedencia de esta acción cuando se persigue el cumplimiento de normas que establezcan gasto. Como se mostrará, de semejante interpretación se deriva la particular conclusión de que ciertos actos –los que consagran gasto– carecen por completo en Colombia de la posibilidad de ejecución forzosa de sus mandatos, excepción que parece a todas luces desproporcionada y, peor aún, que se encuentra sin una debida justificación.

Para observar, a la luz de lo dicho, y sobre la base de los criterios justificativos del Estado, establecidos desde la perspectiva teórica y abordados de manera esquemática en los apartes precedentes, procede ahora analizar en detalle cuáles han sido, en Colombia, las prácticas jurisdiccionales, y los argumentos que, ligados a tales prácticas, han utilizado la Corte Constitucional y el Consejo de Estado frente a la Acción de Cumplimiento.

3. CUMPLIMIENTO Y ALTAS CORTES

En relación con el tema de la acción de cumplimiento y las normas relativas a gasto, se encontraron en la investigación cuatro grandes categorías, que se revisan a continuación.

4.1 Procedencia de la acción

El debate relevante respecto del párrafo del artículo 9 de la ley 393 de 1997 radica precisamente en este punto, pues esta norma ha consagrado una restricción de la procedibilidad de la acción, al establecer que: “La Acción regulada en la presente Ley no podrá perseguir el cumplimiento de normas que establezcan gastos”. Hay que resaltar una dualidad de actitudes de los tribunales de instancia, los cuales en ocasiones declaran de manera directa la improcedencia de la acción, en virtud del párrafo, o a veces niegan las súplicas de la demanda. El Consejo de Estado ha sido reiterativo en resolver tal situación en el sentido de revocar la sentencia y declarar la improcedencia⁴.

Más allá de este asunto, la discusión gira en torno a dos posturas de la jurisprudencia sobre el particular: una que niega la posibilidad de garantizar judicialmente el cumplimiento de normas que establecen gasto, sustentada en el fallo de constitucionalidad de la Corte, contenido en la sentencia C-157 de 1998 y otra, que relativiza y morigera un poco tal negación, fundada en la distinción establecida por el Consejo de Estado entre los momentos de inclusión y de ejecución de gasto. Paradigmática del primer acercamiento conceptual al problema, es la tesis sostenida por la Corte Constitucional, en la sentencia enunciada, que declaró la exequibilidad del párrafo del artículo 9° de la Ley 393 de 1997. Los argumentos que adujo la Corte, para tal pronunciamiento se pueden sintetizar así:

4.1.1 Existen materias constitucionales que impiden que el legislador imponga restricciones a lo establecido en la Carta. Cita como ejemplos la pena de muerte y la censura. Pero, dice, hay otros asuntos constitucionales que, frente a un análisis sistemático de la Constitución, sí admiten cierto margen del legislador para que establezca restricciones tendientes a desarrollarlos. Tal sería el caso de la acción de cumplimiento, en tanto según la consideración de la Corte ésta es del tipo de

4 Ver, entre otras, Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia del 13 de mayo de 2.004. Rad. 23001-23-31-000-2003-01268-01, Consejero Ponente: Dr. FILEMÓN JIMÉNEZ OCHOA. Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia del 20 de mayo de 2004, Consejera Ponente: Dra MARÍA NOHEMÍ HERNÁNDEZ PINZÓN. Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia del 20 de mayo de 2.004, Radicación número: 23001-23-31 -000-2003-01604-01. Consejero Ponente: Dr. FILEMÓN JIMÉNEZ OCHOA

las “necesarias para tipificarla de manera adecuada de suerte que responda a la concepción que surge de aquélla (la Constitución)”⁵.

Merece la pena destacar que, si bien la Corte aduce explícitamente dicho argumento, no se encuentran razones concretas en el fallo que permitan llegar a la conclusión a que arriba la corporación; no se ve por qué frente a la acción de cumplimiento sí existe tal potestad restrictiva, y mucho menos con el objetivo de hacerla más adecuada a los propósitos que emanan de la Constitución, precisamente cuando la Corte, en la misma sentencia, dice:

Los derechos y garantías proclamados en la Constitución tienen la virtualidad de reconocer al individuo y a diferentes grupos sociales el poder efectivo de demandar y obtener del Estado la realización de ciertas prestaciones, las cuales se tornan en deberes sociales de aquel, e incluso configuran verdaderos derechos que tutelan bienes e intereses públicos, y aún subjetivos, como son la exigencia del cumplimiento y ejecución de las leyes y de los actos administrativos⁶.

4.1.2 La acción de cumplimiento se concreta frente a comportamientos de las autoridades públicas que representen “la omisión de un deber”, por lo que “escapa a esta acción la impugnación de conductas que carezcan de obligatoriedad, máxime en los casos en los cuales la Constitución concede un margen de libertad de acción o atribuye a un órgano una competencia específica de ejecución condicionada”.

Este argumento trae a colación dos debates planteados, cuales son el tema del cumplimiento del derecho por parte del Estado y la existencia de potestades públicas o competencias de carácter discrecional, aspecto este último que será desarrollado en este mismo apartado.

4.1.3 Las leyes que ordenan gasto no generan automáticamente deberes de gasto para el Estado. Sólo constituyen “condición necesaria, pero no suficiente para poder llevarlo a cabo [...] según el artículo 345 de la CP., no puede hacerse erogación alguna con cargo al Tesoro que no se halle incluida en la ley de presupuesto”.

Es importante mencionar que el texto constitucional que así interpretó la Corte dice: “Art. 345. [...] Tampoco podrá hacerse ningún gasto público que no haya sido decretado por el Congreso, por las asambleas departamentales, o por los concejos distritales o municipales, ni transferir crédito alguno a objeto no previsto en el respectivo presupuesto.”

5 Los apartes entre comillas no corresponden al texto original.

6 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-157 de 1998, Magistrados Ponentes: Dres. Antonio Barrera Carbonell y Hernando Herrera Vergara.

Y, de la confrontación del argumento de la Corte con esta norma no se deriva necesariamente la equiparación establecida entre las nociones “gasto público”, contenida en la Constitución, y “erogación”, utilizada por la Corte. Tampoco surge inequívoca la conclusión de que los gastos ya presupuestados no generan deberes de gasto.

4.1.4 Adicionalmente, y a renglón seguido, la Corte como complemento, sostuvo: *“Igualmente, corresponde al Gobierno decidir libremente qué gastos ordenados por las leyes se incluyen en el respectivo proyecto de presupuesto (artículo 346 CP)”*. Al respecto, el artículo 346 constitucional establece literalmente:

El Gobierno formulará anualmente el Presupuesto de Rentas y Ley de Apropriaciones que deberá corresponder al Plan Nacional de Desarrollo y lo presentará al Congreso, dentro de los primeros diez días de cada legislatura.

En la Ley de Apropriaciones no podrá incluirse partida alguna que no corresponda a un crédito judicialmente reconocido, o a un gasto decretado conforme a ley anterior, o a uno propuesto por el Gobierno para atender debidamente el funcionamiento de las ramas del poder público, o al servicio de la deuda, o destinado a dar cumplimiento al Plan Nacional de Desarrollo.

Es de resaltar que esta norma, apoyo de la Corte a su criterio, no permite inferir la palmaria conclusión de que el gobierno tiene una libertad resguardada constitucionalmente para decidir cuáles de los gastos contemplados en las leyes serán incluidos en el presupuesto. Cuando mucho, establece algunas restricciones a los componentes de la ley de apropiaciones. Esto no significa que necesariamente no la tenga. Lo que evidencia es el hecho de que sostener tal criterio exigiría una justificación más amplia, sistemática como lo sostiene la propia Corte, que permita entender justificada tal libertad, y cuya ausencia en la argumentación de la corporación se constituye en omisión inaceptable en un Estado Social y constitucional de derecho, especialmente tratándose de un asunto de la magnitud del cumplimiento de normas sobre gastos.

En el Consejo de Estado, por su parte, el debate sobre la procedencia de la acción frente a demandas de gasto ha tenido dos grandes direcciones: una totalmente restrictiva de la procedencia de la acción, a tono con lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia analizada, y otra, que morigera un poco los efectos de la misma.

En la investigación se hallaron muchos fallos en los cuales no se argumentó explícitamente el momento presupuestal como razón para el rechazo por improcedente de la acción por decretar gasto. Aunque en ocasiones el Consejo de Estado adhiere literalmente a la interpretación hecha por la Corte, al sostener que cualquier gasto, esté o no presupuestado, en la medida en que implica pago o erogación, torna la acción improcedente, especialmente en asuntos como: a) Nombramientos de per-

sonal, b) Prestaciones sociales, con énfasis en materia pensional, c) Ejecución de transferencias o sobre el producto de la venta de empresas estatales a favor de las entidades territoriales, d) Entrega de subsidios de vivienda, e) Pagos de créditos, devoluciones o deudas contractuales reconocidas y f) Celebración de contratos o convenios, constitución de fondos o cumplimiento de obligaciones derivadas de licencias ambientales.

Como ejemplos de situaciones en que hace explícito su argumento se pueden citar: *“Ahora, el parágrafo del artículo 9 de la ley 393 de 1997, no hace ninguna distinción en relación con el origen de los recursos públicos que deban aplicarse a sufragar el gasto. Su mandato es del siguiente tenor literal”. Parágrafo: “La acción regulada en la presente ley no podrá perseguir el cumplimiento de normas que establezcan gastos”*⁷.

O el fallo del 11 de diciembre de 2003, en que se rechazó la acción por improcedente, frente a la solicitud de la Procuraduría de ordenar el cumplimiento de lo mandado en una licencia ambiental, en el cual el Consejo de Estado aceptó que *“cuando se invoca el cumplimiento de normas con fuerza de ley o actos administrativos que establezcan o dispongan erogaciones presupuestales [sic] la acción de cumplimiento debe rechazarse por improcedente, pues esa orden escapa de la competencia del juez de cumplimiento y deja a disposición de la autoridad administrativa la dirección y destino de los recursos públicos”*⁸.

Al respecto, ha sido enfático el Consejo de Estado en afirmar que, tratándose de obligaciones en materia salarial, pensional o prestacional, a pesar de la existencia de acto que reconozca el derecho y del certificado de disponibilidad presupuestal para el respectivo pago, el juez de cumplimiento tiene vedado ordenarlo:

Siendo así, no es posible para el juez de esta acción abordar el fondo del asunto, porque indudablemente acceder a la solicitud de cumplimiento del artículo 17 del Decreto 1750 de 2003 formulada por el actor y a la consecuente incorporación en la planta de personal de la empresa demandada, significaría para ésta las erogaciones presupuestales necesarias para atender las obligaciones que se derivan de cualquier relación laboral⁹.

7 Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia del 22 de julio de 2005, Rad. 85001 23 31 000 2004 01297 01, Consejero Ponente: Dr. Reinaldo Chavarro Buriticá.

8 Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia del 11 de diciembre de 2003, Rad. 05001-23-31-000-2003-02685-01, Consejero Ponente: Dr. Darío Quiñones Pinilla.

9 Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia del dos de septiembre de 2005, Rad. 52001233100020040 0748 02, Consejera ponente Dra. María Nohemí Hernández Pinzón.

En igual sentido sostuvo: *“Lo anterior muestra con claridad que el cumplimiento efectivo de la Resolución número 5288 de 2002 implica la construcción de obras que, indudablemente, genera gastos. [...] Entonces, es obvio que el cumplimiento de la licencia ambiental objeto de estudio implica gastos, por lo que esta acción resulta improcedente”*¹⁰.

Otra tesis restrictiva de la procedencia sostiene que establece gasto toda norma que los ordena o decreta. Dentro de la misma cabe el argumento según el cual toda afectación de recursos de una entidad pública significa decreto de gasto, así. *“La norma que establece gastos es la que los ordena o decreta y eso es suficiente para que la acción de cumplimiento promovida se torne improcedente. Si se atiende al contenido de la Ley [...] se observa sin la menor duda que se trata de una norma que genera gastos”*¹¹.

Dentro de esta tesis radical, se encontró en múltiples ocasiones que el Consejo de Estado extiende la noción de gasto a toda clase de pago o erogación, y a todas aquellas situaciones en las cuales la orden del juez se refiera a la realización de una acción, actividad o norma que posteriormente traiga como consecuencia la realización de uno.

Como ejemplos, se encuentra el caso en que se solicitaba al Consejo la declaratoria de afectación de algunos inmuebles al patrimonio público, necesarios para la posterior realización de una obra pública. La corporación sostuvo: *“Se equivoca la sociedad actora al afirmar que la afectación de los bienes nada tiene que ver con la ejecución o no de la obra. Pues justamente dicha afectación se hace en razón de la necesidad de realizar las obras y sí implica la realización de un gasto, pues el paso siguiente a la declaratoria de afectación es la negociación y pago de las indemnizaciones respectivas, o bien iniciar el proceso de expropiación”*¹².

La segunda dirección, que se refiere a la posibilidad de interpretar de manera flexible de la prohibición contenida en el párrafo, contiene la discusión sobre la necesidad de aplicación de criterios restrictivos a la interpretación del mencionado texto normativo, en tanto norma limitante, con el propósito de no desnaturalizar la acción de cumplimiento.

10 Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia del 11 de diciembre de 2003, Rad. 05001-23-31-000-2003-02685-01, Consejero ponente Dr. Darío Quiñónez Pinilla.

11 Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia del 14 de noviembre de 2002. Rad. 270012331000200200502 01. Consejero Ponente Dr. Álvaro González Murcia.

12 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 24 de agosto de 1998, Rad. ACU-405, Consejero Ponente: Dr. Ricardo Hoyos Duque.

En esta línea interpretativa, el Consejo de Estado toma distancia de lo preceptuado por la Corte en el ya citado fallo de constitucionalidad y establece cuatro tendencias, así: a) cuando las obligaciones provienen de la ley, b) el carácter de la prohibición no es absoluto, c) no toda erogación comporta gasto y d) no todo débito prestacional es gasto, así:

a) Procede la acción y, en este caso, también la orden de cumplimiento, cuando las obligaciones que se pretende hacer cumplir estén establecidas en la ley. Al respecto, resulta ilustrativa la sentencia del seis de marzo de 2003, en la que el actor solicitaba que, en virtud del mandato del artículo 38 de la ley 715 de 2002, se le vinculara como docente ocasional en el municipio de Sucre. En tal fallo, el Consejo sostuvo que *“Para la Sala es claro que la acción de cumplimiento sí resulta procedente porque con esta sentencia no se establece gasto porque éste se estableció en la misma ley 715 de 2001, a diferencia de lo que adujo el demandado en la contestación de la demanda”*¹³. Ésta es, a todas luces, la interpretación de mayor laxitud encontrada en la jurisprudencia, que parte de admitir que la sola consagración legal del gasto es suficiente título para estudiar el fondo de la acción de cumplimiento.

b) La improcedencia frente a normas que establecen gasto no es absoluta, pues ello afectaría el “núcleo esencial” del contenido obligacional de la norma cuyo cumplimiento se demanda. Por tanto, es obligación del juez, antes de rechazar la demanda, verificar las “condiciones de exigibilidad” de la norma o acto en cuestión. *“[L]a proscripción señalada no es absoluta [...] sino que tiene su campo autónomo de acción, soportado en la exigibilidad de la norma que establece la obligación, pero, sin que ello implique la conversión del juez en un ordenador del gasto”*¹⁴.

c) La diferencia entre el decreto o establecimiento de un gasto y la ejecución del mismo. Para la corporación, la prohibición opera sólo frente a las normas que pretenden decreto de gasto, entendido como la inclusión de nuevo gasto en el presupuesto. Pero frente a gasto previamente presupuestado sí procede la acción.

La improcedencia de la acción de cumplimiento respecto de normas que impliquen gastos se justifica en la medida en que no se puede perseguir el cumplimiento de normas que establezcan la realización de una nueva erogación, sin que a su vez se haya asignado la partida correspondiente en el presupuesto. [...] Lo anterior quiere decir que un acto administrativo que genere gastos y que no esté debidamente presupuestado, no puede hacerse

13 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del seis de marzo de 2003. Rad. 70001-23-31-000-2002-1760-01. Consejera Ponente Dra. María Elena Giraldo Gómez.

14 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 27 de junio de 2000, Rad. ACU-1143, Consejero Ponente Dr. Carlos A. Orjuela Góngora.

efectivo mientras no se hayan hecho las correspondientes apropiaciones, pues el acto administrativo así emanado estaría afectado de nulidad, conforme a las causales previstas en el artículo 84 del C.C.A.¹⁵.

También, en la misma línea argumentativa, pero enfatizando la diferencia entre los momentos presupuestales de decreto y ejecución de gasto, dijo: *“Son normas que establecen gastos, aquéllas mediante las cuales las Corporaciones Públicas autorizan las erogaciones que pueden hacerse con cargo al Tesoro. [...] Establecido el gasto, para poder exigir su cumplimiento se requiere que esté presupuestado; en otras palabras, incluido un gasto en el presupuesto es, en principio, exigible su cumplimiento”*¹⁶.

Y más recientemente, en sentencia del 28 de agosto de 2003 afirmó que: *La improcedencia de la acción de cumplimiento respecto de normas que impliquen gastos se justifica en la medida en que no se puede perseguir el cumplimiento de normas que establezcan la realización de una nueva erogación, sin que a su vez se haya asignado la partida correspondiente en el presupuesto”*¹⁷.

Esta diferenciación resulta importante, debido a los argumentos en que el Consejo la sustenta, que tienden a enmarcarse según el criterio de la existencia o no de un poder discrecional en cabeza de la autoridad de la que se demanda cumplimiento. Así lo enunció, por ejemplo, en sentencia del cuatro de octubre de 2001, donde sostuvo que, de acuerdo a lo dicho por la Corte Constitucional, la existencia de un poder discrecional en cabeza de la autoridad pública torna la acción improcedente, dado que tal potestad pone en entredicho la exigibilidad de la norma que se pretende hacer cumplir, más no porque implique en sí misma un gasto o una erogación. Al respecto, expresó:

Entendido el precepto en los precisos términos expuestos, se excluyen interpretaciones que amplíen el campo en que no puede aplicarse la acción, es decir que no se puede sostener que esta acción resulte inadecuada para exigir el cumplimiento de una norma que suponga una erogación cualquiera, pues ello dejaría vacía de contenido esta figura judicial, en la medida en que casi todas las obligaciones previstas en las leyes y en los actos administrativos demandan un gasto por parte de la autoridad.

15 Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia del 19 de octubre de 2004. Rad. 68001231500020030280901. Consejera Ponente Dra. María Nohemí Hernández Pinzón.

16 Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 29 de enero de 1998. Rad. ACU-127. Consejero Ponente Dr. Juan Alberto Polo Figueroa.

17 Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia del 28 de agosto de 2003. Rad. 2700123310002003-00378-01. Consejera Ponente Dra. Ligia López Díaz.

Así lo admitió la Corte Constitucional^[17], en una providencia por medio de la cual se denegaron las súplicas de una demanda de tutela por vía de hecho en contra de dos fallos de esta Corporación. Ciertamente, la Corte aceptó que la prohibición legal contenida en el artículo 9 de la ley 393 no puede impedir que se ordene el cumplimiento de una norma que implique una erogación presupuestal exigible en casos en que la autoridad responsable no goza de margen de discrecionalidad, sino que se encuentra totalmente obligada a ‘actuar positivamente de manera pronta y eficaz’¹⁸.

Incluso, aun existiendo apropiación presupuestal para la realización de determinada obligación contentiva de gasto, el Consejo sostuvo que, por faltar el certificado de disponibilidad presupuestal, que a su juicio comprende un ámbito de discrecionalidad propio de la autoridad administrativa, se torna la prestación en inexigible y se hace improcedente la acción. Al respecto, dijo:

[...] si bien es cierto que existe prueba en el plenario del monto de una apropiación para el ascenso en el escalafón de los docentes también lo es que no existe prueba de que ya esté decretada la disponibilidad presupuestal para ello. [...]aún cuando existiera dicha disponibilidad, no es procedente acceder al cumplimiento de los artículos citados por cuanto, al proferirse el acto administrativo solicitado por el actor, inmediatamente éste tendría que ser ascendido en el escalafón lo cual **supone un gasto a cargo de la Junta de Escalafón de la Guajira, situación relevante en materia de ACCION DE CUMPLIMIENTO**¹⁹.

d) La última tendencia expresa que no todo “débito prestacional” constituye gasto. Al respecto, es ilustrativa la sentencia del 22 de marzo de 2001, que sostiene:

La normatividad que regula el Sistema Nacional para la Prevención y Atención de Desastres conforma una conducta –débito prestacional– a cargo de las entidades públicas competentes, que conlleva la adopción y ejecución de todas las acciones pertinentes, destinadas a cumplir con los objetivos y finalidades para los cuales fue creado dicho sistema.

Como ya la Sala ha tenido la oportunidad de expresar, no en todos los casos en los cuales el débito prestacional comporte una erogación de dinero, se configura la excepción del párrafo del art. 9º de la ley 393 de 1997, “pues de ser este el entendimiento de la norma, **se desnaturalizaría el mecanismo constitucional consagrado en el artículo 87 de la Carta Política**, si se tiene en cuenta que, las más de las veces, las conductas exigibles de las autoridades

18 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 4 de octubre de 2001, Rad. ACU 2500023250002001035701, Consejero Ponente Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

19 Consejo de Estado, Sección Segunda, Sub-sección B, Sentencia del 12 de octubre de 2000, Rad. ACU- 1666, Consejero Ponente Dr. Tarcisio Cáceres Toro.

públicas, directa o indirectamente, conllevan una erogación.”²³ Posición que ha sido reiterada en la jurisprudencia de esta Sala.

La normatividad que integra el Sistema Nacional para la Prevención y Atención de Desastres aplicable al caso sub judice, no confiere a la entidad pública demandada un margen de discrecionalidad o libertad de acción en orden a comprometer o no su accionar respecto a la situación de calamidad pública, sino que se encuentre legalmente obligada a actuar positivamente de manera pronta y eficaz²⁰.

4.2 Situaciones de excepción

La segunda tendencia enunciada muestra las situaciones de excepción que justificarían la tutela de cumplimiento de normas que establecen gasto, basada en cuatro argumentos: a) Cuando se trate de situaciones de emergencia; b) Restrictividad de la excepción debida a la propia naturaleza de la norma, limitativa de derechos; c) Existencia de un margen de discrecionalidad o no en el asunto y d) Destinación específica de los recursos.

Así dentro de esta línea de discusión, encuentra el Consejo que cuando se trate de gastos que tienen destinación específica, no es procedente la restricción, pues en tales situaciones, la destinación del gasto hace exigible el cumplimiento. Al respecto, y de manera ilustrativa, el fallo del 19 de julio de 2001 sostiene: “*existe la posibilidad de ejercer la acción de cumplimiento cuando se solicite tal cumplimiento en un gasto establecido en el presupuesto con una destinación específica que no de margen de discrecionalidad en la ejecución del gasto*”²¹.

También por el carácter restrictivo del parágrafo: “*Entendido el precepto en los precisos términos expuestos, se excluyen interpretaciones que amplien el campo en que no puede aplicarse la acción, es decir que no se puede sostener que esta acción resulte inadecuada para exigir el cumplimiento de una norma que suponga una erogación cualquiera*”²².

En tercer lugar, siempre dentro del mismo hilo discursivo, encontramos situaciones en las cuales el alto tribunal encontró que la autoridad administrativa demandada carecía de la facultad discrecional de inclusión o ejecución de gastos, razón por

20 Consejo de Estado, Sección Segunda, Sub-sección B, Sentencia del 8 de marzo de 2001, Rad. 19001-23-31-000-2000-3310-01, Consejero Ponente: Dr. Alejandro Ordoñez Maldonado.

21 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 19 de julio de 2001, Rad. ACU- 27001-23-31-000-2000-0801-01, Consejero Ponente Dr. Jesús María Carrillo Ballesteros.

22 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 20 de junio de 2002, Rad. ACU 2500023250002002-0097 01, Consejero Ponente Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

la cual accedió a las súplicas de la demanda, por encontrar que en ausencia de tal facultad, la acción es procedente. *“En este caso, entonces, dado que los artículos 146 de la ley 142 de 1994 y 24 de la Resolución 108 de 1997 de la CREG no dejan a las empresas prestadoras del servicio de energía margen de discrecionalidad [...] el gasto que demande el cumplimiento de esa obligación deberá ser asumido por la Electrificadora del Chocó”*²³.

Por último, se encuentra un argumento recurrente que sostiene que, frente a situaciones de emergencia, no previsibles y que se salen de las condiciones de normalidad, la exigencia de cumplimiento de normas que establecen gasto es procedente.

El derecho de los actores se materializa en el acceso directo a los programas asistenciales que para tales eventos se encuentran previstos en la ley y que en su caso se concretan en el logro de la construcción de sus viviendas. Esto significa que la acción impetrada no tropieza con la causal de improcedibilidad respecto a normas que establezcan gastos, por cuanto lo que estima la Sala procedente ordenar a la administración es que, dentro de un término perentorio de tres meses, proceda a adelantar las acciones administrativas pertinentes y destinadas a calificar, adjudicar y entregar el subsidio familiar de vivienda de que trata la ley 3^a de 1991 a los hogares ubicados en las zonas declaradas de calamidad pública del Municipio de la Florida (Nariño), de conformidad con las reglamentaciones jurídicas sobre la materia y para la plena realización de los fines previstos en los actos administrativos cuyo cumplimiento se demanda²⁴.

4.3 Concepto de gasto

Una tercera discusión radica en la determinación de lo que constituye gasto y lo que no, en la cual se encuentran algunos ejemplos de situaciones en las cuales el Consejo de Estado ha fallado favorablemente a pesar de la realización de gastos derivada de la sentencia. En ésta, el Consejo consolida un análisis argumentativo tendiente a sostener la procedibilidad de la acción, en unos casos, aún comportando gasto y, en otros, luego de establecer distinciones que llevan a concluir que en el caso no se trataba propiamente de gastos, a pesar de comprometer erogaciones. Tales tendencias argumentales, se pueden resumir así:

23 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 20 de mayo de 2002, Rad. ACU 27001233100020011599 01, Consejero Ponente Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

24 Consejo de Estado, Sección Segunda, Sub-sección B, Sentencia del ocho de marzo de 2001, Rad. 19001-23-31-000-2000-3310-01, Consejero Ponente Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado.

Una, dirigida a establecer la distinción entre gasto público y otros conceptos que también implican erogación, como el giro de recursos o la realización de pagos. Tal es el caso por ejemplo, de las transferencias entre entidades descentralizadas, las cuales según afirma constituyen sólo movimientos de dinero, no gasto. Igual sucede con la orden de pago de dineros que ya habían sido gastados y se encontraban retenidos por alguna razón jurídica, como los subsidios de vivienda previamente asignados y depositados en entidades financieras a nombre de los beneficiarios de los mismos, pero cuyo desembolso se encontraba pendiente²⁵.

En el mismo sentido, tratándose de casos en los cuales de lo que se trataba era de una exoneración de la obligación de realizar un pago a favor de la entidad, y la consecuente devolución de los recursos recibidos por tal concepto, que si bien implican, por un lado, dejar de percibir recursos que se encontraban presupuestados y devolver algunos otros, lo que compromete o el giro correspondiente o un acto de compensación, tampoco constituyen propiamente gasto²⁶.

En la segunda línea argumentativa establecida se encuentra una postura enderezada a diferenciar entre el deber de desembolso derivado de un gasto y el deber similar ocasionado en el acto de reconocimiento, por parte de una entidad pública, a un derecho que comporta una prestación económica, como en algunos casos de pago de pensiones previamente reconocidas y aumentos salariales que se encuentran en igual situación.

Habrá de revocarse la sentencia impugnada para, en su lugar, ordenar al Gobernador de Cundinamarca que, además de las señaladas, determine a su arbitrio, y si fuera el caso, qué zonas son de difícil acceso o se encuentran en situación crítica de inseguridad y solicite al Ministerio de Minas y Energía concepto acerca de cuáles son las de explotación minera; y para todo ello habrá de concederse el término de un mes, que se estima razonable para el caso, por la naturaleza y complejidad del asunto. Y a la Secretaría de Educación la elaboración del listado de los establecimientos educativos estatales que se encuentren ubicados en tales zonas, en cuanto sean declaradas como tales, inmediatamente, con los nombres de los docentes y directivos docentes que tienen derecho a que el tiempo de servicio les sea computado doblemente para el efecto de ascender en el Escalafón Nacional Docente y a la bonificación remunerativa especial establecida.

25 Cfr: Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 2 de marzo de 2000, Rad. ACU-1161, Consejero Ponente Dr. Ricardo Hoyos Duque; Sección Tercera, Sentencia del 25 de febrero de 1999, Rad. ACU-589; Sección Tercera, Sentencia del 11 de mayo de 2000, Rad. ACU-1244; Sección Segunda Sentencias del 3, 10 y 17 de febrero de 2000, expedientes ACU-1119, ACU-1117 y ACU-1153.

26 Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 22 de febrero de 2001, Rad. ACU -66001-23-31-000-2000-0818-01, Consejera Ponente: Dra. Olga Inés Navarrete Barrero.

Se advierte, finalmente, que no se trata de ordenar pago alguno, que ninguno ha sido solicitado, y por lo mismo no se trata de disponer el cumplimiento de normas que establecen gastos, que ello resultaría improcedente, según lo establecido en el artículo 9º de la ley 393 de 1.997²⁷.

La tercera tendencia, según la cual se acoge la tesis que sostiene la imposibilidad de extender la restricción en comento frente a actos administrativos, que de ser exigibles pueden ser objeto de acción de cumplimiento, en uso de una interpretación restrictiva del párrafo, el cual sólo se refiere a normas²⁸.

Y una última vertiente, que establece la distinción entre la orden judicial de cumplimiento y el posterior gasto.

“Al respecto, precisa la Sala que la interpretación que se le dio a la norma no es la correcta por cuanto lo que ésta quiere decir, es que la Ley 393 de 1997 no es efectiva para el cumplimiento de normas que establecen gastos, como sucede por ejemplo con respecto a las normas del presupuesto general de la Nación dado que están ordenando un desembolso de dinero y un reparto a diversos entes para los fines previstos en ella. Distinto de lo que acontece con las normas que implican un gasto, que en ese sentido se podría decir que casi todas las actuaciones humanas lo encierran.

No entiende la Sala por qué la pretensión del actor, de hacer cumplir los actos que le favorecen, establece un gasto dado que una cosa es el nombramiento y la respectiva posesión que tome un funcionario, cualquiera que él sea, y otra circunstancia muy distinta es el desembolso que se tenga que realizar como consecuencia del nombramiento y de desempeñar las labores asignadas como empleado de la entidad respectiva²⁹.

4.4 Vinculación de personal

En el cuarto grupo de discusión, sobre nombramientos de personal, la tendencia del Consejo de Estado es clara, al punto de poder hablarse de una línea jurisprudencial consolidada al respecto, en el sentido de no encontrar exigibles las solicitudes de nombramiento de personal al servicio del Estado, mediante el trámite de la presente acción.

27 Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia del 17 de enero de 2000, Rad. ACU-1094, Consejero Ponente Dr. Mario Alario Méndez.

28 Cfr: Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 2 de marzo de 2000, Rad., ACU-1161, Consejero Ponente: Dr. Ricardo Hoyos Duque.

29 Consejo de Estado, Sección Segunda, Sub-sección B, Sentencia del 17 de mayo de 2001, Rad. 25000-23-31-000-2000-0602.01, Consejero Ponente: Dr. Tarcisio Cáceres Toro.

Especialmente es reiterativo el Consejo en el sentido de sostener que la orden de vinculación en provisionalidad de docentes que se deriva del artículo 38 de la ley 715 de 2001 es improcedente, bajo el argumento de que la orden de nombramiento de docentes tiene como consecuencia la obligación de pago de salarios y prestaciones sociales, lo que entiende como gasto. Como excepción de esta tendencia, se encontró la sentencia del 16 de abril de 1998, que sostuvo:

El contenido de la disposición debe limitarse estrictamente a la imposibilidad de perseguir el cumplimiento de normas que establezcan la realización de una nueva erogación sin que a su vez se haya asignado la partida correspondiente en el presupuesto de rentas y gastos de las entidades públicas, pero no debe hacerse extensiva a los eventos en los cuales lo que se pretenda sea el respeto de derechos o garantías reconocidos en forma abstracta en una norma que la administración cumple en forma parcial, aunque del acatamiento de la misma se derive la realización de un gasto. Es el caso de las obligaciones de carácter laboral en relación con las cuales las entidades deben prever en los presupuestos anuales las partidas para el estricto cumplimiento en los términos de las disposiciones respectivas, sólo que en este evento no estaban previstas en su integridad como lo ordena la ley.

La acción que aquí se adelanta resulta procedente pues en ella lo que se ordena es el respeto de un derecho prestacional que no puede ser atendido en cuantía inferior a la establecida³⁰.

Lo que es menester destacar es que, tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado coinciden, en rasgos generales, en la tesis de la improcedencia aunque, en el detalle, han optado por soluciones algo disímiles. Por tal razón, se hace necesario revisar el procedimiento presupuestal colombiano.

5. POTESTAD DISCRECIONAL EN MATERIA DE PRESUPUESTO

Sobre la existencia de una potestad discrecional en materia de presupuesto, aunque parece existir consenso al respecto en las altas cortes, es importante delimitar tal discrecionalidad en lo que se refiere a gasto público. Para ello, se revisarán las normas jurídicas que regulan la materia.

El Decreto 111 de 1996, Estatuto orgánico del presupuesto, establece el principio de Unidad de Caja, en su artículo 16: *“Con el recaudo de todas las rentas y recursos de capital se atenderá el pago oportuno de las apropiaciones autorizadas en el*

30 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 16 de abril de 1998, Rad. ACU-230, Consejero Ponente: Dr. Ricardo Hoyos Duque.

presupuesto general de la Nación.” Esta norma no contempla discrecionalidad, pues ordena que las apropiaciones se atiendan los recursos mencionados.

Así mismo, el artículo 39 estatuye que se incluirán en el presupuesto: a) las leyes de gasto previas al proyecto de presupuesto, según la disponibilidad de recursos y las prioridades del gobierno, siempre que correspondan a funciones de órganos nacionales y que guarden concordancia con el Plan Nacional de Inversiones y b) las correspondientes al parágrafo del artículo 21 de la ley 60 de 1993, que se refiere a la destinación de los recursos provenientes de la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la nación, las cuales están reguladas en la actualidad en el sistema general de participaciones.

Esta norma consagra un poder discrecional, consistente en la posibilidad que tiene el gobierno nacional de priorizar las leyes de gasto para ser incluidas **dentro** del presupuesto. Para ello, el gobierno “*tendrá en cuenta la disponibilidad de recursos y los principios presupuestales para la determinación de los gastos que se pretendan incluir en el proyecto de presupuesto*” (Art.47). Sin embargo, esta potestad discrecional no es ilimitada, pues depende de la disponibilidad de recursos y los principios presupuestales. Además, no se encuentra norma alguna en el Estatuto que traslade dicha potestad a los organismos ni entidades públicas para **después** de aprobado el presupuesto.

Adicionalmente, el artículo 46, inciso segundo del mismo establece: “*Si los gastos excedieron el cómputo de las rentas y recursos de capital, el Gobierno solicitará apropiaciones para los gastos que estime menos urgentes y en cuanto fuera necesario, disminuirá las partidas o los porcentajes señalados en leyes anteriores*” Esta norma consagra una posibilidad de disminución de partidas o porcentajes que procede dentro de la ley de presupuesto, no después de su aprobación. Y, especialmente, se trata de una discrecionalidad relativa en cuanto sólo permite la disminución de partidas asignadas en leyes previas, cuando se presente un exceso de los gastos respecto del cómputo de las rentas y recursos de capital.

Además, el artículo 54 establece que en caso de que los ingresos legalmente autorizados no alcancen para la atención de los gastos proyectados, el Gobierno “*mediante un proyecto de ley propondrá los mecanismos para la obtención de nuevas rentas o la modificación de las existentes que financien el monto de los gastos contemplados*”, lo que implica que dicho proyecto modifica el presupuesto de rentas hasta “*el monto de los gastos desfinanciados*”. Adicionalmente, el artículo 55 ordena al Gobierno suspender “*mediante decreto las apropiaciones que no cuenten con financiación*”, en caso de aprobarse el presupuesto sin que el Congreso se pronuncie sobre el mencionado proyecto de reforma, y hasta tanto el Congreso lo haga. Se encuentra entonces otra posibilidad de reforma al proyecto

del presupuesto, que es de carácter reglado, pues la misma ley establece las condiciones y el procedimiento mediante el cual el Gobierno nacional puede hacer tal suspensión de las partidas de gasto incluidas en el presupuesto, lo que indica que dichas partidas son, en principio, obligatorias.

A su vez, el artículo 8 de la ley 819 de 2003, por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad, transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones, establece la obligación de sujeción de los presupuestos públicos a los Marcos Fiscales de Mediano Plazo, *“de manera que las apropiaciones presupuestales aprobadas por el Congreso de la República, las Asambleas y los Concejos, puedan ejecutarse en su totalidad durante la vigencia fiscal correspondiente”*. Esta disposición indica una previsión de planeación que busca garantizar la ejecución de las apropiaciones, que no podría entenderse como un poder o facultad discrecional de gasto sino todo lo contrario, como una garantía de su cumplimiento.

Igual sucede cuando esta misma ley, en su artículo 4, sobre consistencia del presupuesto, somete a igual sujeción a las modificaciones del presupuesto que apruebe el Congreso; y en su artículo 7 establece la obligación de analizar explícitamente el impacto fiscal y la compatibilidad con dicho marco fiscal, de *“cualquier proyecto de ley, ordenanza o acuerdo, que ordene gasto o que otorgue beneficios tributarios”*, la que además deberá contemplar la fuente de recursos para su financiación. Sobre este trámite el Ministerio de hacienda deberá rendir concepto, ajustado al mismo Marco Fiscal, al igual que la Secretaría de Hacienda en las entidades territoriales.

Lo anterior se complementa con lo preceptuado en el artículo 16 de la ley 358 de 1997, sobre endeudamiento de las entidades territoriales, que establece que *“El Gobierno Nacional en el momento de presentar los proyectos de ley de presupuesto y de ley de endeudamiento deberá demostrar su capacidad de pago ante el honorable Congreso de la República”*. Normas que se tornan importantes, en cuanto establecen todo un sistema de requisitos y condicionamientos del Gobierno Nacional para diseñar el proyecto de presupuesto, que permiten establecer unos límites a la potestad discrecional de la que se habla, en materia de facción presupuestal, en el sentido de establecer todo un sistema tendiente a la efectiva ejecución del presupuesto, mediante la planeación adecuada de los ingresos.

Ahora, sobre la ejecución del presupuesto, el Decreto 111 de 1996 establece, en su artículo 68, que los programas y proyectos que integran el presupuesto general de la nación, no se podrán ejecutar *“hasta tanto se encuentren evaluados por el órgano competente y registrados en el Banco Nacional de Programas y Proyectos”*, definido en la misma normativa como *“un conjunto actividades señaladas como viables, previamente evaluadas social, técnica, económicamente y registradas sistematizadas en el Departamento Nacional de Planeación”*, lo que garantiza

que, previo a la presentación del proyecto de presupuesto, tal análisis del gasto ya haya sido efectuado para su integración en el Plan Operativo Anual de Inversiones.

Respecto de la modificación de las partidas presupuestales, o requiere el trámite de una ley de reforma al presupuesto, como ya se mencionó, o el Gobierno lo puede hacer directamente, pero sólo en los Estados de Excepción. Además, el artículo 18 del Decreto 111, que establece el principio de especialización, establece que *“Las operaciones deben referirse en cada órgano de la administración a su objeto y funciones, y se ejecutarán estrictamente conforme al fin para el que fueron programadas.”* Esta norma evidencia la obligación de ejecución de las partidas de gasto incorporadas al presupuesto.

Sobre las modificaciones al presupuesto, es importante recordar que tales competencias están regladas en la Constitución y el Estatuto Orgánico del Presupuesto, el cual contempla, en su artículo 84 la posibilidad de modificación del presupuesto por parte del gobierno en los estados de excepción, tal como se enuncia en el artículo 347, parágrafo transitorio de la Constitución. Así mismo, el artículo 71 del Decreto 111 de 1996 sostiene que:

Todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales deberán contar con certificados de disponibilidad previos que garanticen la existencia de apropiación suficiente para atender estos gastos.

Igualmente, estos compromisos deberán contar con registro presupuestal para que los recursos con él financiados no sean desviados a ningún otro fin. En este registro se deberá indicar claramente el valor y el plazo de las prestaciones a las que haya lugar. Esta operación es un requisito de perfeccionamiento de estos actos administrativos.

Según el contexto normativo enunciado precedentemente, esta norma no consagra una potestad discrecional en cabeza de las entidades ejecutoras del presupuesto. Al contrario, contempla una obligación a su cargo, dirigida a someter los actos administrativos que afecten el presupuesto, a los requisitos de disponibilidad y registro presupuestal, como garantía de inclusión presupuestal de los gastos que haya de realizar la entidad. Pero no puede entenderse que la expedición de tales actos sea un asunto potestativo o discrecional del ente público, pues tal como está diseñado el sistema presupuestal, su propósito principal es la debida ejecución de los compromisos presupuestados³¹. Del hecho de que tales documentos se consti-

31 Es importante advertir que vía reglamentaria se ha establecido la posibilidad de modificaciones y traslados presupuestales en cabeza de las entidades ejecutoras del presupuesto público. Habría que revisar la legalidad de tales reglamentaciones, teniendo en cuenta que lo reglamentado es una norma con fuerza de ley orgánica que no contempla dicha posibilidad. Como ejemplo, el Decreto 4730 de 2005, artículo 30.

tuyan en requisito de perfeccionamiento del mencionado acto no se puede derivar directamente la conclusión de que su expedición sea potestativa.

Como se ve, no se encuentra en la Constitución ni en las Leyes Orgánicas sobre presupuesto, la existencia de una potestad discrecional relacionada con la obligación de las entidades públicas de ejecutar los proyectos de gasto contemplados en la ley anual de presupuesto. Esto, con apoyo en el principio de legalidad presupuestal, sobre el cual la propia Corte ha dicho:

*El presupuesto es una ley de autorización de gastos, por cuanto limita jurídicamente su ejecución en tres aspectos: de un lado, en el campo temporal, pues las erogaciones deben hacerse en el período fiscal respectivo; de otro lado, a nivel cuantitativo, pues las apropiaciones son las cifras máximas que se pueden erogar; y, finalmente, en el campo sustantivo o material, pues **la ley no sólo señala cuánto se puede gastar sino en qué se deben emplear los fondos públicos**. Por ello se considera que una obvia consecuencia de la legalidad del gasto es el llamado principio de “especialización”, donde se señala que no se podrá “transferir crédito alguno a un objeto no previsto en el respectivo presupuesto”. Esta norma constitucional está prohibiendo que el Gobierno utilice una partida de gasto aprobada por el Congreso para una finalidad distinta de aquella para la cual ésta fue apropiada. [...]”³²*

Además, la Corte, en la mencionada sentencia sostuvo que “*poca eficacia tendría el principio de legalidad si, una vez aprobado el presupuesto, el Gobierno pudiera variar a su arbitrio los montos de las partidas o la destinación de las mismas*”³³. Esto ratifica la tesis de que los requisitos de disponibilidad y registro presupuestales son condiciones a las que se encuentran obligadas las entidades públicas una vez aprobado el presupuesto, y no producto de potestades discrecionales que la entidad pueda o no expedir a su arbitrio. Esto hace suponer que la exigibilidad de las conductas de gasto contenidas en leyes y actos administrativos debidamente presupuestados no radica en la expedición de tales actos, al no existir discrecionalidad al respecto, sino que se deriva de su inclusión en el mencionado presupuesto, del cual se desprende la posterior obligación de las entidades públicas de expedir los mencionados certificados para ejecutar el gasto.

Adicionalmente, el estatuto presupuestal crea el denominado “Decreto de liquidación del presupuesto”, en su artículo 67, mediante el cual, el gobierno nacional compila y ordena los productos resultantes del trámite del proyecto en el Congreso,

32 Corte Constitucional, Sentencia C-865 de 1996, Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero. Negritas fuera de texto.

33 Corte Constitucional, Sentencia C-865 de 1996, Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero.

que son: el proyecto original presentado por el gobierno, las partidas introducidas por el mismo –créditos–, las que se reducen –contracréditos– y las correcciones generales. El propósito de este decreto es el de compilar todas las regulaciones presupuestales que en esa forma establece el Congreso. Por tanto, en sentir de la Corte, éste cumple una función trascendental, en tanto “[...] en él habrán de quedar consignados, en forma definitiva, todos los ingresos y gastos con las correspondientes partidas tal y como fueron aprobados por el Congreso, **sin que pueda el Gobierno aumentar o disminuir su cuantía ni introducir cambios en cuanto a su asignación o destino, además, debe respetar íntegramente el contenido normativo de los preceptos que dicho órgano haya expedido**³⁴. Y, en cuanto a su naturaleza normativa, también ha expresado que dicho decreto no posee carácter legal y, por tanto, carece de “idoneidad para modificar la ley anual de presupuesto”³⁵.

6. CONCLUSIONES

La acción de cumplimiento es un mecanismo jurisdiccional de protección de la expectativa legítima de cumplimiento de la ley, de actos con fuerza material de ley o actos administrativos.

Existe una fuerte discusión respecto de la legitimidad del requisito que establece el párrafo del artículo 9, sobre la no procedencia de esta acción respecto de normas que establezcan gastos. Algunos autores, como los magistrados que salvaron el voto en la sentencia que declaró su constitucionalidad, afirman que este requisito desnaturaliza la acción de cumplimiento, pues con ésta lo que se buscaba era, precisamente, otorgar una herramienta idónea para obtener el cumplimiento de las normas jurídicas.

Por el contrario, hay una cierta tendencia, con apoyo en las tesis de la Corte Constitucional respecto de la constitucionalidad de esta norma, y la posición bastante restrictiva, aunque en menor medida que la Corte, del Consejo de Estado, quien considera que esta acción sólo procede excepcionalmente respecto de normas que establezcan gastos, siempre y cuando existan los correspondientes certificados de disponibilidad y registro presupuestal.

Sin embargo, como se observó, tal posibilidad no está jurídicamente justificada en nuestro ordenamiento, en cuanto el sistema presupuestal está diseñado, precisamente, para el efectivo cumplimiento de los gastos establecidos y no otorga

34 Negritas fuera del texto original.

35 Corte Constitucional, Sentencia C-354 de 1998, Magistrado Ponente: Dr. Fabio Morón Díaz.

competencia discrecional alguna a la administración para decidir la ejecución o no de los gastos que se encuentran determinados en el presupuesto, pues éste es el resultado de todo un proceso de planificación tendiente a la efectiva realización de los compromisos presupuestales.

Por ello, la expedición de certificados de registro y disponibilidad presupuestal para la realización de los gastos ordenados en el presupuesto se constituye en un condicionamiento para la efectiva ejecución de tales compromisos, sin la cual no es posible realizarlos pero que en ninguna medida pueden ser considerados como potestativos de las entidades públicas sino como un requisito de planeación previo a la ejecución del presupuesto. Por tanto, no puede entenderse como discrecional sino como obligatoria la expedición de los mismos, pues sin ellos no resulta posible ejecutar el presupuesto.