



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, siete (7) de noviembre de dos mil catorce (2014)

MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

Sentencia No. 193

TEMAS: ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO –
IMPROCEDENCIA EN CONTRA DE
PARTICULARES QUE NO EJERCEN UNA
FUNCIÓN PÚBLICA – DIFERENCIA
ENTRE SERVICIO PÚBLICO Y FUNCIÓN
PÚBLICA – LEGÍTIMACIÓN EN LA
CAUSA POR PASIVA

INSTANCIA: SEGUNDA

Decide la Sala, la impugnación interpuesta por la parte accionante en oposición a la sentencia de fecha 6 de octubre de 2014, proferida por el JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO - SUCRE, en el proceso que en ejercicio de la ACCIÓN CONSTITUCIONAL DE CUMPLIMIENTO instauró la PROCURADURÍA 19 JUDICIAL II AMBIENTAL Y AGRARIA en contra de AGUAS DE LA SABANA S.A. E.S.P., con la finalidad de que se le diera cumplimiento al acto administrativo contenido en la Resolución N° 0522 del 28 de junio de 2012, suscrita por el Director General (E) de la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE SUCRE - CARSUCRE.



1. ANTECEDENTES

1.1. RESEÑA FÁCTICA.

La demanda se fundamenta en los siguientes hechos que la Sala resume:

Manifiesta que, a través de la Resolución No. 0522 de junio 28 de 2012 “*POR LA CUAL SE IMPONE UNA MEDIDA PREVENTIVA DE AMONESTACIÓN ESCRITA*” proferida por la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE SUCRE - CARSUCRE, a la empresa AGUAS DE LA SABANA S.A. E.S.P. representada legalmente por su Gerente, se impuso una medida preventiva, por no haber dado cumplimiento a las medidas establecidas en la Resolución N° 0828 de septiembre 21 de 2010.

Indica que, en esa misma medida se ordenó a AGUAS DE LA SABANA S.A. E.S.P., mediante la resolución objeto de cumplimiento, en su artículo segundo, tomar unos correctivos de manera urgente; artículo que a la letra dice:

“ARTICULO SEGUNDO: La Empresa AGUAS DE LA SABANA E.S.P. representado legalmente por el Gerente y/o quien haga sus veces, deberá tomar de manera inmediata las medidas necesarias para eliminar los impactos negativos y el riesgo de contaminación ambiental por la Operación del Pozo de Agua No. 52-II-A-PP15 (41), en cumplimiento de la resolución No. 0828 de septiembre 21 de 2010 expedida de CARSUCRE.”

Refiere que, la orden que viene proferida por la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE SUCRE - CARSUCRE, es confirmada por esta misma entidad con la expedición del Auto N° 0653 del 3 de abril de 2014, donde se dispuso abrir investigación en contra de la empresa AGUAS DE LA SABANA por no construir las obras de recarga artificial como medida de compensación por la explotación del acuífero Morroa, incumpliendo con ello, lo que viene ordenado en el numeral 4.9 del artículo cuarto de la Resolución N° 0828 de 2010 y en el artículo segundo de la Resolución N° 0522 de junio de 2012, cuya finalidad se persigue con esta Acción



de Cumplimiento.

Manifiesta que, el incumplimiento que la Empresa AGUAS DE LA SABANA deberá acoger, versa sobre lo estipulado en el artículo segundo de la Resolución N° 0522, que a su vez recoge lo ordenado en el numeral 4.9 del artículo cuarto de la Resolución N° 0828 de 2010 *“Por la cual se concede una prórroga de Agua Subterránea y se toman Otras Disposiciones”*.

Asevera que, comoquiera que ha transcurrido un tiempo más que prudencial desde la expedición de la Resolución N° 0522 de 2012 y que es derivación de la Resolución N° 0828 de 2010, se constituyó en renuencia mediante Oficio N° 3600013/Q.AMB/0980 de fecha 22 de julio de 2014, al Gerente de la Empresa AGUAS DE LA SABANA, en su calidad de Representante Legal, y en ese sentido se le conminó a tomar de manera inmediata las medidas necesarias para eliminar los impactos negativos y el riesgo de contaminación ambiental.

1.2. PRETENSIÓN:

Solicita el accionante que se ordene a la empresa AGUAS DE LA SABANA S.A. E.S.P., por intermedio de su Gerente, el cumplimiento de lo dispuesto en la Resolución N° 0522 de junio 28 de 2012 *“Por la cual se impone una medida preventiva de amonestación escrita”*, proferida por la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE SUCRE - CARSUCRE, en especial lo establecido en su artículo segundo.

2. ACTUACIÓN PROCESAL

Durante el trámite del proceso se surtieron las siguientes etapas:

- Presentación de la demanda: 14 de agosto de 2014 (fol. 5 C. Principal).
- Admisión de la demanda: 20 de agosto de 2014 (fol. 31 C. Principal).



- Notificación a las partes: 25 de agosto de 2014 (fol. 32 a 35 C. Principal).
- Sentencia de primera instancia: 6 de octubre de 2014 (fol. 385 a 392 C. Principal).
- Impugnación: 9 de octubre de 2014 (fol. 403 a 406 C. Principal).
- Concesión de la impugnación: 16 de octubre de 2014 (fol. 408 C. Principal).
- En la oficina judicial (reparto): 24 de octubre de 2014 (fol. 1 Cuaderno # 2).
- Secretaría del Tribunal: 27 de octubre de 2014 (fol. 2 cuaderno 2da instancia).

2.1. PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LA ACCIÓN POR LA PARTE DEMANDADA:

La entidad demandada dentro del término de traslado se pronunció tal y como consta en el documento adosado a folios 39 a 41 del C. Principal, aceptando la existencia de los actos administrativos cuyo cumplimiento se persigue, asegurando que la entidad demandada no posee la obligación de realizar obras de recarga artificial en el pozo explotado, dado que es una labor que debe realizar CASUCRE, en atención a que la entidad demandada paga la tasa retributiva que debe ser empleada por el ente encargado para velar por el mantenimiento del medio ambiente.

Se opone a las pretensiones de la demanda, asegurando que a la entidad no se le constituyó en renuencia, la acción de cumplimiento es residual y la administración cuenta con los mecanismos coercitivos para compeler el cumplimiento de las órdenes impartidas.

3. LA PROVIDENCIA RECURRIDA

La Jueza de primera instancia manifestó que, en el *sub lite* encontramos que la demanda cumple con los requisitos exigidos por la Ley 393 de 1997 y la jurisprudencia del Consejo de Estado para su procedencia, toda vez que (i) el deber jurídico que se pretende hacer cumplir se encuentra consignado en un acto



administrativo (Resolución N° 0522 de 2012) (ii) el mandato es imperativo e inobjetable y radica en cabeza de un particular que presta servicios públicos (AGUAS DE LA SABANA S.A. E.S.P.), (iii) el actor acreditó que en virtud de oficio N° 2014-121-009655-2, constituyó en renuencia a la accionada, y (iv) el afectado no podía ejercer otros instrumentos judiciales para lograr el efectivo cumplimiento del deber jurídico contenido en el precitado acto administrativo, sin embargo, también se aprecia que si bien el actor no cuenta con otros mecanismos judiciales para exigir el cumplimiento del precitado acto administrativo, sí cuenta con otros mecanismos coercitivos que pueden ser ejercidos por mandato legal (Ley 1333 de 2009) ante la autoridad administrativa que expidió dicho acto administrativo (CARSUCRE). A renglón seguido manifestó que, dicho procedimiento ya fue iniciado oficiosamente por CARSUCRE, y que a la fecha no ha culminado, toda vez que la última actuación fue la presentación de descargos por parte de AGUAS DE LA SABANA S.A. E.S.P. al pliego de peticiones formulado mediante el auto 1443 de 2014.

Así las cosas, estimó que dada la subsidiariedad de la acción de cumplimiento, en el caso en concreto este mecanismo judicial no está llamado a prosperar para exigir el cumplimiento de la Resolución N° 0522 de 2012, por la existencia de un procedimiento administrativo que se encuentra en trámite ante la entidad que expidió dicho acto administrativo, el cual tiene como objeto establecer el cumplimiento o incumplimiento por parte de la accionada de los mandatos que le fueron impuestos para la protección del medio ambiente.

Aunado a lo anterior, también estimó que el mandato impuesto en la Resolución 0522 de 2012, no es específico, por el contrario es muy general, pues no determina cuáles son las medidas que debe tomar AGUAS DE LA SABANA S.A. E.S.P. para eliminar los impactos negativos y el riesgo de contaminación ambiental por la Operación del Pozo de Agua No. 52-II-A-PP15, lo cual de conformidad con la jurisprudencia del H. Consejo de Estado es un requisito indispensable para poder ordenar el cumplimiento de una orden legal o administrativa



Por lo anteriormente expuesto, concluye que existe un mecanismo administrativo que se encuentra en trámite que persigue el mismo fin u objeto que aquí se deprecia y que el mandato impuesto en la Resolución 0522 de 2012 a juicio de esta operadora no existe claridad, ni especificidad, sobre “las medidas necesarias” que debe realizar la accionada, para el cumplimiento de la mencionada resolución, como consecuencia de lo anterior negó la solicitud de cumplimiento del precitado acto administrativo.

4. LA IMPUGNACIÓN.

La parte accionante, impugnó la sentencia en mención el día 9 de octubre de 2014, manifestando que las Corporaciones Autónomas Regionales fueron establecidas constitucionalmente en el numeral 7 del artículo 150, correspondiéndole al Congreso mediante leyes: “...reglamentar la creación y funcionamiento de las Corporaciones Autónomas Regionales dentro de un régimen de autonomía...” y regladas por la Ley 99 de 1993. Así entonces, tenemos que esa facultad sancionatoria ambiental no se opone al ejercicio de competencias legales que puedan ser ejercidas por otras autoridades, máxime en el caso de marras cuando estamos frente a un acto administrativo definitivo que decidió imponer una medida preventiva de amonestación y ordenar la realización de una obligación.

Seguido, anota que, conforme al incumplimiento que AGUAS DE LA SABANA S.A. E.S.P. hizo de la Resolución N° 0522 de junio 28 de 2012, se inició un Procedimiento Sancionatorio Ambiental por parte de CARSUCRE, que luego de corroborarse que no ha hecho lo ordenado en la renombrada resolución, terminará siendo declarada responsable, imponiéndosele a la entidad infractora una sanción de las que habla el artículo 40 de la Ley 1333 de 2009. Lo anterior, pretende demostrar, que los mecanismos coercitivos emanados de la Ley 1333 de 2009 son diferentes de los mecanismos judiciales que buscan que a través de la acción impetrada se realice un cumplimiento.



Aunado a lo anterior, afirmó que ya existe una obligación clara, expresa y exigible, y el deber jurídico que se pretende hacer cumplir se encuentra consignado en un acto administrativo imperativo, inobjetable y que radica en cabeza de un particular que presta servicios públicos, que no se puede ejercer otro mecanismo judicial para exigir el cumplimiento de la resolución en comento y que se constituyó en renuencia al demandado, por lo que se concluye que la acción es totalmente procedente.

5. PROBLEMA JURÍDICO:

De acuerdo con los antecedentes planteados, corresponde a esta Sala resolver el siguiente problema jurídico:

¿Es procedente ejercitar la acción de cumplimiento contra un particular que si bien presta un servicio público, no ejerce una función pública?

Para dar respuesta al problema jurídico planteado, la Corporación estudiará: i) la legitimación en la causa por pasiva en la acción de cumplimiento, ii) las generalidades sobre el medio intentado, iii) el contenido, alcance y objeto de la acción de cumplimiento, y por último, iv) la improcedencia de la acción de cumplimiento contra particulares que no ejercen una función pública.

5.1. LA LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA EN LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO

Acorde con el planteamiento que se va a desarrollar, es necesario estudiar como primer fundamento, el tema de la legitimación en la causa por pasiva en la acción de cumplimiento.

La legitimación en la causa es entendida como “... *ser la persona que de conformidad con la ley sustancial, puede formular o contradecir las pretensiones contenidas en la demanda o en la imputación penal, por ser el sujeto activo o pasivo de la relación jurídica sustancial pretendida o del ilícito penal imputado, que deben ser objeto de la decisión del juez, en el supuesto de que aquella*



o éste existan...”¹.

En este sentido la siguiente providencia del Consejo de Estado:

“La legitimación en la causa ha sido estudiada en la jurisprudencia y la doctrina desde dos puntos de vista: de hecho y material.

La legitimación de hecho en la causa es entendida como la relación procesal que se establece entre el demandante y el demandado por intermedio de la pretensión procesal; es decir es una relación jurídica nacida de la atribución de una conducta, en la demanda y de la notificación de ésta al demandado. Quien cita a otro y atribuye está legitimado de hecho y por activa, y a quien cita y atribuye está legitimado de hecho y por pasiva, después de la notificación del auto admisorio de la demanda. Vg.: A demanda a B, cada uno de estos está legitimado de hecho.

La legitimación material en la causa alude, por regla general, a la participación real de las personas en el hecho origen de la formulación de la demanda, independientemente de que dichas personas o hayan demandado o hayan sido demandadas. ()

*La falta de legitimación **material** en la causa, por activa o por pasiva, **no enerva la pretensión procesal en su contenido**, como si lo hace una excepción de fondo. La excepción de fondo supone, en principio, el previo derecho del demandante que a posteriori se recorta por un hecho nuevo y probado - **modificativo o extintivo del derecho constitutivo del demandante** - que tumba la prosperidad total o parcial de la pretensión, como ya se dijo. La legitimación material en la causa, activa y pasiva, **es una condición anterior y necesaria** entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable, al demandante o al demandado.”²*

En tratándose de la acción de cumplimiento, de la interpretación sistemática de los artículos 5, 6, 8, 10, y 21 de la Ley 393 de 1998, es claro que quien se encuentra legitimado en la causa por pasiva en la acción de cumplimiento, es la autoridad pública o el particular que ejerce funciones públicas, es decir, en modo alguno se encuentra legitimado para resistir de fondo la pretensión de la demanda (legitimación material) el particular que no cumple funciones públicas, pues en estos casos, es la autoridad administrativa competente quien en ejercicio de sus funciones

¹ DEVIS ECHANDIA, Hernando. COMPENDIO DE DERECHO PROCESAL. Teoría General del Proceso. Santa Fe de Bogotá: Editorial ABC 1996, Tomo I Pág. 279.

² CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Sentencia de 20 de septiembre de 2001, expediente 10.973. Actor: Sociedad “La Muriel Mining Corporation”.



y previo el debido proceso administrativo, debe compeler al particular al cumplimiento de la norma que incumpla, siendo en términos generales, improcedente la acción de cumplimiento a fin de compeler a la entidad administrativa competente para que imponga las sanciones correspondientes³.

Por lo tanto, el particular que no cumpla funciones administrativas, no está legitimado en la causa por pasiva, en la acción de cumplimiento, para resistir la pretensión, pues para ello se encuentran institucionalizadas las autoridades administrativas competentes para hacer cumplir las leyes y actos administrativos como decisiones ejecutorias.

5.2. LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO EN GENERAL REQUISITOS PARA SU PROCEDENCIA

La Constitución de 1991, consagró en su artículo 87, un instrumento procesal para hacer efectivo el cumplimiento de la ley y de los actos administrativos.

Dicha norma constitucional, ha sido desarrollada por el legislador a través de la Ley 393 de 1997. De la interpretación integral de los artículos 1, 8, 9, 10, 20 y 21 de la mencionada normativa y de la jurisprudencia del máximo órgano de lo contencioso administrativo, se infiere que son requisitos para la procedencia de la acción de cumplimiento:

1. Que exista una norma con fuerza material de ley o acto administrativo que contenga un deber jurídico omitido totalmente, claro, expreso, exigible,

³ Así lo ha interpretado el CONSEJO DE ESTADO, en la siguiente providencia: *“El Demandante pretende, que esta jurisdicción ordene al Alcalde Municipal de Chía continuar con el trámite señalado en el inciso 2º del artículo 4º de la ley 232 de 1995, imponiendo multas sucesivas a los establecimientos comerciales que utilizan música “causante de pago por derechos de autor” y que no los han cancelado a Sayco-Acimpro.*

*Lo primero que ha de precisar la Sala, es que la acción de cumplimiento no procede para la imposición de sanciones, toda vez que estas sólo son imponibles a través de un procedimiento administrativo en el que se pruebe la responsabilidad del infractor y la viabilidad de la sanción, es decir, que ella no se aplica por disposición directa de la Ley, sino por disposición administrativa del competente para ello, previo el procedimiento que corresponde.”*³ (Negrilla de la Sala) CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda Subsección A. Sentencia del 18 de febrero de 1999 Exp. ACU-585. M. P. DOLLY PEDRAZA DE ARENAS.



preciso, imperativo e inobjetable⁴.

2. Que dicho deber se encuentre en cabeza de la autoridad demandada.
3. Que se demuestre la renuencia de cumplir el deber.
4. Que no existe otro mecanismo de defensa judicial para la protección del derecho pretendido.
5. Que de la ejecución de la norma o acto administrativo no se derive la materialización de gastos a cargo de la administración.

En este sentido la jurisprudencia del Consejo de Estado, ha dicho:

“Tratándose de la acción de cumplimiento es necesario que el mandato incumplido sea imperativo, indudable, específico, inequívoco, es decir, que a la sola vista de su texto el juez tenga la certeza irrefutable de que aquella autoridad a la cual ordenará cumplir lo incumplido sí es, sin discusión, la llamada a acatar la obligación inobservada.”⁵

Igualmente, en el mismo sentido se ha pronunciado el máximo organismo de la jurisdicción contenciosa:

“Según se colige del contenido de la Ley 393 de 1997, los requisitos mínimos exigidos para que la acción de cumplimiento prospere, son los siguientes:

- a) *Que el deber jurídico que se pide hacer cumplir se encuentre consignado en normas aplicables con fuerza material de ley o actos administrativos vigentes (Art. 1°).*

⁴“Cuando se trate del cumplimiento de actos administrativos de contenido particular y concreto, el deber omitido debe ser tan preciso, que se pueda asimilar a un título ejecutivo a favor del solicitante, es decir, que el acto que contenga una obligación expresa, clara y exigible que haga posible el mandamiento de su cumplimiento”. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCION "A". Consejera ponente: DOLLY PEDRAZA DE ARENAS. Sentencia del 9 de octubre de 1997. Radicación número: ACU-017. Actor: ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE EXPORTADORES DE PAPA "EXPOPAPA". Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO AGROPECUARIO – ICA -.

⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejera ponente: CLARA FORERO DE CASTRO Sentencia del 16 de julio de 1998. Radicación número: ACU-337.



b) *Que el mandato sea imperativo e inobjetable y que esté radicado en cabeza de aquella autoridad pública o del particular en ejercicio de funciones públicas, frente a los cuales se reclama su cumplimiento (Arts. 5º y 6º).*

c) *Que el actor pruebe la renuencia de la entidad accionada frente al cumplimiento del deber antes de instaurar la demanda, ocurrida ya sea por acción u omisión del exigido o por la ejecución de actos o hechos que permitan deducir su inminente incumplimiento (Art. 8º).*

d) *Que el afectado no tenga o haya podido ejercer otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento del deber jurídico o administrativo, salvo el caso que, de no proceder el juez, se produzca un perjuicio grave e inminente para quien ejerció la acción, circunstancia ésta que hace improcedente la acción, así como también conduce a ése estado el pretender el cumplimiento de normas que establezcan gastos a la administración o la protección de derechos que puedan ser garantizados a través de la acción de tutela (Art. 9º)”⁶*

Decantadas las particularidades generales de la acción de cumplimiento, considera necesario esta Corporación hacer referencia al tema del contenido, alcance y objeto de este mecanismo constitucional.

5.3. CONTENIDO, ALCANCE Y OBJETO DE LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO

El artículo 8 de la antedicha Ley 393 de 1997, reguló lo atinente a la procedibilidad de la acción de cumplimiento, bajo los siguientes términos:

*“ARTICULO 8o. PROCEDIBILIDAD. La Acción de Cumplimiento procederá contra toda acción u omisión de **la autoridad** que incumpla o ejecute actos o hechos que permitan deducir inminente incumplimiento de normas con fuerza de Ley o Actos Administrativos. También procederá contra acciones u omisiones de **los particulares, de conformidad con lo establecido en la presente Ley.**” (Negritas para destacar)*

Como vemos la norma en cita estableció una doble modalidad en cuanto a la conducta que generaría incumplimiento respecto de normas con fuerza material de Ley o actos administrativos, estas son: un actuar positivo que materialice la

⁶ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN QUINTA. Consejera Ponente: MARÍA NOHEMI HERNÁNDEZ PINZÓN. Sentencia del 9 de septiembre de 2005, Radicación número 08001-23-31-000-2005-00150-01(ACU) Actor: Bernardino Orozco Ulloa. Demandado: Sociedad de Acueducto, alcantarillado y aseo de Barranquilla S.A. ESP.



renuencia, o un actuar negativo (omisión) que conlleve al mismo resultado.

Ahora bien, sobre el contenido y alcance del mecanismo judicial desplegado en el caso de marras, la H. Corte Constitucional en sentencia C-1194 de 2001, enseñó:

“La acción de cumplimiento quedó finalmente consagrada en el texto del artículo 87 de la Carta Política de 1991 que posteriormente fue desarrollado a través de la Ley 393 de 1997. Esta materia, en los términos en que ha sido concebida por la ley, ya ha sido objeto de estudio por parte de la Corte en varias oportunidades en las que ha fijado el contenido y alcance general de la acción de cumplimiento dentro de nuestro sistema jurídico. En palabras de esta Corporación:

“En un Estado Social de Derecho en donde el ejercicio del poder está supeditado a la observancia de la Constitución y al imperio de la legalidad, es esencial el respeto por la eficacia material de la normatividad creada por el legislador y de los actos administrativos que dentro del marco de sus respectivas competencias expiden las diferentes autoridades en cumplimiento de los cometidos o tareas a ellas asignadas. En efecto, resulta paradójico que muchas veces las normas quedan escritas, es decir, no tienen ejecución o concreción práctica en la realidad, de modo que el proceso legislativo y su producto se convierten a menudo en inoperantes e inútiles. Igual cosa sucede con los actos administrativos que la administración dicta pero no desarrolla materialmente.

“En el Estado Social de Derecho que busca la concreción material de sus objetivos y finalidades, ni la función legislativa ni la ejecutiva o administrativa se agotan con la simple formulación de las normas o la expedición de actos administrativos, pues los respectivos cometidos propios de dicho Estado sólo se logran cuando efectiva y realmente tienen cumplimiento las referidas normas y actos.

“Es así como, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 Superior, es fin esencial del Estado garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, y asegurar la vigencia de un orden justo. Para ello, agrega este precepto que las autoridades de la República están instituidas para proteger a las personas en sus derechos y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”⁷.

La acción de cumplimiento que consagra el artículo 87 de la Constitución hace titular a toda persona de "potestades e intereses jurídicos activos frente a las autoridades públicas y aún de los particulares que ejerzan funciones de esta índole, y no meramente destinataria de situaciones pasivas, concretadas en deberes, obligaciones o estados de sujeción para poner en movimiento la actividad jurisdiccional del Estado”⁸ mediante la presentación de una solicitud dirigida a obtener el cumplimiento de una ley o de un acto administrativo que ha

⁷ Cfr. la ya citada C-157 de 1998 (MM.PP. Antonio Barrera Carbonell y Hernando Herrera Vergara).

⁸ *Ibid.* C-157 de 1998.



impuesto ciertos deberes a una autoridad, la cual se muestra renuente a cumplirlos. En este orden de ideas, es necesario establecer cuándo es posible afirmar que se presenta el incumplimiento de un deber jurídico, consagrado en una ley o un acto administrativo, por parte de la administración.”

Posteriormente en el mismo pronunciamiento, el máximo tribunal constitucional, en lo que atañe al tópico relacionado con la inactividad de la administración y las modalidades de la inacción, dijo:

“Las autoridades administrativas tienen asignadas competencias específicas para el cumplimiento de las funciones del Estado. De esta forma se busca garantizar las finalidades esenciales del Estado y el cumplimiento de los deberes sociales de las autoridades (Art. 2 C.P.). Por lo tanto, la administración no tiene la potestad de permanecer totalmente inactiva sino que, por el contrario, el deber de actividad es primigenio. Dicha actividad no tiene que traducirse en un acto administrativo, porque puede consistir en el seguimiento y análisis de una realidad determinada. No obstante, como es bien sabido, la administración pública en ocasiones permanece inactiva. Ello se debe a múltiples factores.

La inactividad de la administración puede obedecer, por ejemplo, a la simple congestión o a la negligencia, caso en el cual habría un claro incumplimiento de la función pública, en desmedro del aseguramiento de las finalidades del Estado.

En otras situaciones la inactividad es tan solo aparente. Es el caso de la inacción administrativa dada la necesidad de tomarse el tiempo suficiente para ponderar una situación compleja antes de adoptar una decisión. En este evento no se está necesariamente frente a un incumplimiento de la función pública, sino frente al ejercicio legítimo de las competencias administrativas siempre que se trate de un lapso razonable para la toma de una decisión.

También puede presentarse el caso de la llamada captura de la entidad administrativa por intereses deseosos de evitar que la administración regule una determinada materia. En este evento, la parálisis de la entidad es el resultado de la influencia que sobre ella ejercen los eventuales destinatarios de su actividad, los cuales logran que ésta no desarrolle las funciones que la ley le ha encomendado.

Por último, algunas autoridades permanecen inactivas como resultado de la corrupción, que tiene múltiples orígenes y manifestaciones que no es del caso recordar.

El problema de la inactividad de la administración ha sido tradicionalmente abordado por el legislador a través de las instituciones del derecho de petición y del silencio administrativo.



Tradicionalmente el derecho de petición ha servido como un mecanismo en manos de los particulares para impulsar la actividad de la administración pública, sea que se pretenda la protección de intereses generales o particulares, como se desprende del artículo 5 y siguientes del Código Contencioso Administrativo. La falta de atención a las peticiones da lugar a sanciones para el funcionario negligente. Es así como el derecho de petición cumple una importante función de movilización de la actividad de la administración. Esta Corte ya ha resaltado la trascendencia del derecho de petición en una democracia participativa y la necesidad de que las peticiones sean resueltas de manera oportuna y con pronunciamiento expreso y específico acerca de lo pedido por el particular.

Por su parte, en materia de silencio administrativo, en ciertas condiciones, la inacción de la administración puede concluir en un acto presunto que el administrado puede luego demandar ante la jurisdicción contencioso administrativa puesto que dicho acto, fruto del silencio, se entiende generalmente como negativo, es decir, como desfavorable a los administrados. La ley también puede disponer que el silencio debe interpretarse como una decisión favorable al administrado, caso en el cual se está ante el silencio positivo.

No obstante, el silencio administrativo no conduce a que la administración realmente actúe. Su inactividad continua. El juez contencioso no le exige que expida el acto presunto con el cual se supone terminó dicha inactividad. Por eso, se han concebido otras formas de afrontar la inactividad de la administración. Por ejemplo, para incentivar la acción de la administración se puede invertir la regla general de que el acto presunto en caso de silencio se entiende adoptado en sentido negativo, de tal manera que si la administración no actúa, su omisión se asimila a un acto tácito favorable al administrado, salvo las excepciones expresamente enumeradas en normas con fuerza de ley.

Con todo, estas reformas no logran que la administración efectivamente actúe ni permiten al juez contencioso ordenarle que lo haga. Además, cuando la inactividad de la administración no versa sobre la expedición de actos administrativos particulares, sino sobre actos generales mediante los cuales se desarrolla la ley para asegurar su debido cumplimiento en el marco de una política pública definida, no es posible presumir el contenido del acto omitido. Esto es aun más claro cuando el acto general omitido es una regulación cuyo contenido puede variar significativamente según las circunstancias de hecho generales a regular y las conveniencias públicas apreciadas por el órgano regulador.

Por eso, en el derecho comparado se pueden identificar otras formas de tratar la inactividad de la administración. Así, en el derecho anglosajón algunos mecanismos procesales han tradicionalmente buscado exigir que la administración pública efectivamente adopte una decisión y en el derecho francés, ancestralmente reacio a que el juez contencioso imparta órdenes a la administración, se han acrecentado los poderes del juez al respecto.

La acción de cumplimiento fue una innovación del Constituyente de 1991 encaminada a afrontar el problema de la inactividad de la administración cuando ésta se manifiesta, en principio, en una omisión. En tal caso, al juez le corresponde ordenar que cese la



omisión y se cumpla el deber.

Pero la inactividad de la administración que da origen al incumplimiento de un deber jurídico, también puede expresarse a través de acciones⁹ que, a pesar de mostrar una actividad positiva por parte de diferentes órganos del Estado, se traducen en una forma de eludir sus obligaciones o cumplir de manera insuficiente los deberes contenidos en una ley o en un acto administrativo. En estos casos, al juez competente le corresponderá determinar en qué consiste el incumplimiento del deber jurídico en cuestión y tomar las decisiones complementarias que aseguren el reconocimiento de los derechos de los particulares y la obtención de las finalidades perseguidas por las normas incumplidas por el deber parcialmente omitido.

Sin duda, la constatación de la inactividad estatal es una labor que corresponde apreciar al juez caso por caso, atendiendo a las diferentes modalidades que puede revestir un deber señalado por la ley o contenido en un acto administrativo. Dicho deber puede haber sido definido por la norma teniendo en cuenta circunstancias de tiempo, modo, o lugar que tienen un peso y una relevancia diferente en cada caso concreto. La orden que imparta el juez ha de corresponder a la modalidad del deber omitido”. (Negrilla y subrayado de la Sala)

Así las cosas, de los contenidos normativos y jurisprudenciales precedentes se desprende que la acción de cumplimiento tiene como principal objeto, el hacerle frente a la inobservancia en que incurren **las autoridades** en el ejercicio de sus competencias específicas.

En efecto, el reseñado instrumento procesal constitucional, se erige dentro del ordenamiento jurídico, con el fin de materializar el cumplimiento de las **funciones del Estado** ante la inacción o acción inadecuada de los agentes del mismo, debiendo el operador jurídico al que se le ponga en conocimiento una situación particular en la cual se alegue el incumplimiento de algún deber señalado por la ley o contenido en un acto administrativo, establecer en primera medida si tal actuar positivo o negativo existe, porque de no ser así, la acción constitucional de cumplimiento se torna abiertamente improcedente a la luz de la norma específicamente estudiada.

⁹ Esta es una posibilidad expresamente prevista en el artículo 8 de la Ley 393 de 1997.



5.4. IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO CONTRA PARTICULARES QUE NO EJERCEN UNA FUNCIÓN PÚBLICA

El artículo 6 de la plurimencionada Ley 393 de 1997, estableció las reglas de procedibilidad del mecanismo constitucional de cumplimiento contra particulares, bajo el siguiente tenor:

“ARTICULO 6o. ACCION DE CUMPLIMIENTO CONTRA PARTICULARES. *La Acción de Cumplimiento procederá contra acciones u omisiones de particulares que impliquen el incumplimiento de una norma con fuerza material de Ley o Acto administrativo, cuando el particular actúe o deba actuar en ejercicio de funciones públicas, pero sólo para el cumplimiento de las mismas.*

En el evento contemplado en este artículo, la Acción de Cumplimiento podrá dirigirse contra el particular o contra la autoridad competente para imponerle dicho cumplimiento al particular”. (Subrayado de la Sala)

Como vemos, la norma en cita estableció como condición de procedencia de la acción de cumplimiento contra particulares, la verificación del incumplimiento por parte del mismo, de una norma con fuerza material de Ley o acto administrativo, pero cuando tal inobservancia se desprenda del ejercicio de **funciones públicas**.

Sobre el tema de la procedencia de la acción de cumplimiento contra particulares que ejerzan funciones públicas, nuestro Tribunal de Cierre, tuvo la oportunidad de pronunciarse, **estableciendo las diferencias que surgen entre los conceptos de servicio público y función pública**, así:

“Ahora, como consta en los certificados de existencia y representación legal expedidos por la Cámara de Comercio de Bogotá, los objetos sociales de dichas empresas refieren a la prestación y comercialización de servicios de telecomunicaciones dentro o fuera de Colombia, tales como telefonía móvil, móvil celular, valor agregado telemáticos, etc., circunstancia que permite concluir que el objeto social de dichas empresas se encuentra dentro del giro normal de negocios particulares, por lo que, en principio, no se observa que aquellas ejerzan funciones públicas.



Es claro, que la prestación y comercialización de servicios de telecomunicaciones es un servicio público, porque así lo dispone el artículo 10 de la Ley 1341 de 2009 "...es un servicio público bajo la titularidad del Estado", pero ello de manera alguna puede comportar que por esa sola circunstancia se equipare a "función pública" por parte de los particulares que prestan dicho servicio.

En efecto, el servicio público es toda actividad organizada que tiende a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua y que puede ser prestado por el Estado o por los particulares; mientras que la función pública es aquella que está a cargo del Estado, aunque puede delegarse en particulares, y está ligada por lo general a funciones legislativas, judiciales y administrativas.¹⁰

Respecto del particular, esta Sala ha dicho

"Los particulares son sujetos de la acción de cumplimiento sólo si cumplen funciones públicas, esto es, que la acción de cumplimiento procede contra acciones y omisiones de particulares cuando actúen o deban actuar en ejercicio de funciones públicas, y únicamente para obtener el cumplimiento de dichas funciones.

Función Pública. Es toda actividad ejercida por los órganos del Estado para la realización de sus fines.

Servicio público. Es aquella actividad organizada dirigida a satisfacer necesidades de interés general de manera regular y continua por parte del Estado, en forma directa o por particulares expresamente autorizados para ello, con sujeción a un régimen jurídico especial. Por lo tanto, son diferentes los conceptos de función pública y servicio público.

El Consejo de Estado en sentencia de 5 de agosto de 1.999, señaló la diferencia entre función pública y servicio público, al respecto dijo:

"El manejo que generalmente se hace de la función pública se ha reducido exclusivamente al ámbito del derecho administrativo, para significar la relación que une al servidor público con la administración, y en tal sentido entonces se entiende, con carácter totalmente restringido como, el conjunto de regímenes de administración laboral aplicables a las personas que prestan sus servicios al Estado, cuando es lo cierto que, el concepto de función pública tiene una connotación mucho mayor.

En efecto, función pública es toda actividad ejercida por los órganos del Estado para la realización de sus fines y, excepcionalmente, por expresa delegación legal o por concesión, por parte de los particulares; pero, 'es de señalar que la función pública significa una actividad de Estado que no puede jamás concebirse como análoga a la de un particular, aun cuando se tratara de una empresa'; por manera que no resulta acertado deducir que toda prestación de un servicio público comporta el ejercicio de función pública, aunque, en

¹⁰ Sentencia de 22 de enero de 2004, exp. 25000-23-25-000-2003-2034-01(ACU).



ocasiones, bien puede existir coincidencia entre el ejercicio de ésta y la prestación de aquél [...].

Sobre el particular, la doctrina inclusive tiene precisada la diferencia existente entre función pública y servicio público, que, si bien son dos figuras próximas en el ámbito del derecho público, cada una de ellas posee su propia caracterización y tipificación que las diferencia entre sí, ‘esta distinción procede de la doctrina italiana y fue elaborada frente a la pretensión inicial de que «toda tarea administrativa es constitutiva de servicios públicos» hoy ya desechada. No obstante, puede decirse que la función pública participa en todo caso del poder del Estado, y que es de carácter siempre jurídico, mientras que el servicio público es de carácter material y técnico y en muchas de sus manifestaciones no puede utilizar el poder público (por ejemplo, y en la mayoría de los casos, para imponer coactivamente su utilización)”¹¹.¹²

Ahora bien, como lo prescribe el inciso 3° del artículo 123 de la Constitución Política “La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio”.

En el presente asunto no existe norma que refiera a que la prestación y comercialización de servicios de telecomunicaciones se consideren función pública, y “...siempre que se predique que un particular ejerce funciones administrativas o públicas, debe partirse de la ley que le otorgue tal facultad, pues dicho ejercicio, como lo precisa la Carta Política, sólo puede devenir de un precepto legal. Es entonces el legislador a quien la Carta Fundamental le asignó de manera reservada tal potestad.”¹³

Por lo anterior, en razón que los particulares demandados no ejercen funciones públicas, la acción de cumplimiento respecto de ellas no resulta procedente, y por consiguiente, deberá modificarse la decisión del a quo respecto del numeral primero del fallo que declaró improcedente la acción respecto de las sociedades Comcel, Movistar, Telmex, Telefónica Telecom y Tigo, para en su lugar rechazarla.”¹⁴ (Resaltado por fuera del texto original)

Así entonces, el aparte jurisprudencial traído a colación en líneas superiores, es claro en establecer las diferencias existentes entre los conceptos de servicio público y

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 5 de agosto de 1.999, expediente ACU-798.

¹² Sentencia de 19 de febrero de 2004, exp. 25000-23-25-000-2003-1843-01(ACU)

¹³ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 9 de mayo de 2002, exp. 15001-23-31-000-2002-0559-01-1309.

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION QUINTA Consejero ponente: MAURICIO TORRES CUERVO Bogotá, D.C., dieciséis (16) de agosto de dos mil doce (2012) Radicación número: 54001-23-31-000-2012-00106-01(ACU) Actor: HUGO ANTONIO SANTIAGO CARDENAS Demandado: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO Y OTROS



función pública, siendo esta última noción mucho más amplia que la primera, ya que la función pública abarca, como quedó visto, los tres pilares funcionales del aparato estatal: el legislativo, el judicial y el ejecutivo. Mientras que la prestación de servicios públicos, como bien lo define la Carta Política de 1991, es una finalidad inherente del Estado y un deber del mismo el asegurar su debida prestación (art. 365 *ibídem*).

La anterior diferenciación es menester señalarla, puesto que la misma tiene incidencia directa en la procedencia de la acción de cumplimiento respecto de particulares, puesto que como quedó visto, en dado caso se verifique que el particular accionado a través de este instrumento judicial, no desempeña una función pública, la misma se tornará manifiestamente improcedente.

Teniendo en cuenta el anterior marco planteado, resta para la Sala analizar el:

6. CASO CONCRETO

El acto administrativo cuyo cumplimiento se pretende, se encuentra contenido en la Resolución N° 0522 del 28 de junio de 2012¹⁵ “*Por la cual se impone una medida preventiva de amonestación escrita*” a la empresa AGUAS DE LA SABANA S.A. E.S.P. Específicamente se persigue el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo segundo de la mencionada resolución, en donde se le ordena tomar de manera inmediata las medidas necesarias para eliminar los impactos negativos y el riesgo de contaminación ambiental por la operación del pozo de aguas N° 52-II-A-PP15 (41), en cumplimiento de la Resolución N° 0828 de septiembre 21 de 2010 expedida por CARSUCRE.

Pues bien, tal y como se señaló en los antecedentes de esta providencia, el juzgado de primera instancia denegó la solicitud de cumplimiento por cuanto, consideró que

¹⁵ Folios 10 a 13 del C. Principal.



dada la subsidiariedad de esta acción constitucional, en el caso en concreto este mecanismo judicial no está llamado a prosperar para exigir el cumplimiento de la Resolución 0522 de 2012, por la existencia de un procedimiento administrativo que se encuentra en trámite ante la entidad que expidió dicho acto administrativo, el cual tiene como objeto establecer el cumplimiento o incumplimiento por parte de la accionada de los mandatos que le fueron impuestos para la protección del medio ambiente.

Así entonces, vertiendo los considerandos preliminares al caso concreto, este dispensador colegiado de justicia es de la tesis que los argumentos de disenso contenidos en el recurso de alzada no tienen la vocación de prosperar y en consecuencia la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda será modificada, por erigirse como improcedente la presente acción de cumplimiento, como se pasa a explicar:

Se dejó claramente explicado en el numeral 5.3 de esta providencia, que la acción de cumplimiento en contra de un particular se erige como procedente cuando el mismo desatiende el contenido de una norma con fuerza material de Ley o acto administrativo, **contravención que debe emanar del ejercicio de una función pública**, luego entonces, al tener como objeto, la parte accionada AGUAS DE LA SABANA S.A. E.S.P., la prestación del servicio público de acueducto y alcantarillado y al no existir dentro de nuestro ordenamiento jurídico una norma que establezca que tal deber asistencial sea considerado como ejercicio de una función pública¹⁶, huelga concluir que respecto de la sociedad anónima aludida, no resulta procedente el presente instrumento procesal, máxime cuando, tal y como quedó consignado, toda prestación de un servicio público *per se* no comporta el ejercicio de una función pública.

Así las cosas, sin ahondar en mayores elucubraciones y por la potísima razón indicada *ut supra*, para esta Corporación, al no cumplirse con las condiciones de

¹⁶ La Constitución Política de 1991 en su artículo 123 le entrega la facultad al Legislador de regular el ejercicio de funciones públicas por particulares.



procedencia de la acción de cumplimiento, hay lugar a **CONFIRMAR** el fallo de primera instancia en tanto no accede a las pretensiones del accionante, pero por las razones expuestas, con la adición de que se **RECHAZA** de la presente acción de cumplimiento por **IMPROCEDENTE**.

7. CONCLUSIÓN

Ante la ejecución por parte de la sociedad particular encartada de la prestación del servicio público de acueducto y alcantarillado, y no teniendo el mismo la naturaleza de función pública, deviene la improcedencia del mecanismo judicial intentado, por no cumplir con las condiciones de procedibilidad señaladas en el artículo 6 de la Ley 393 de 1997.

DECISIÓN: En mérito de lo expuesto, la **SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,**

FALLA

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia proferida por el JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO, de fecha 6 de octubre de 2014 que denegó las pretensiones de la demanda, pero por las razones antes expuestas, con la adición de que se **RECHAZA POR IMPROCEDENTE** la presente acción de cumplimiento.

SEGUNDO: En firme este fallo, **CANCÉLESE** su radicación, y archívese el expediente, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial

República de Colombia



*Jurisdicción Contenciosa
Administrativa*

Página 22 de 22

ACCIÓN: CUMPLIMIENTO

RADICACIÓN: 70-001-33-33-007-2014-00188-01

DEMANDANTE: PROCURADURÍA 19 JUDICIAL II AMBIENTAL Y AGRARIA

DEMANDADO: AGUAS DE LA SABANA S.A. E.S.P.

Siglo XXI.

Se deja constancia que el proyecto de esta providencia fue estudiado, discutido y aprobado por la Sala en sesión del día de hoy, según Acta N° 169.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ