

Eliminación del incentivo económico de las acciones populares: “constitucional pero inconveniente”

Elimination of the economic encouragement of popular actions: “constitutional but non convenient”.

Élimination de l’incitatif économique des actions populaires “constitutionnelle mais inconvénient”

Eliminação do incentivo economico da ações populares \”constitucional mais inconveniente\”.

Vega-Orjuela Luz Ángela Liliana del Carmen¹

Fecha de recepción: 12 de agosto de 2014

Fecha de aprobación: 10 de octubre de 2014

Referencia para citación: Vega, L. (2015). Eliminación del incentivo económico de las acciones populares: “constitucional pero inconveniente”. *Iter Ad Veritatem*, 13, 199-227.

¹ Estudiante Maestría en Derecho Administrativo. Universidad Santo Tomás Tunja. Correo de contacto. luzangelavega@hotmail.com.

Resumen

El presente documento busca responder a la pregunta: ¿se han desmotivado los ciudadanos a interponer acciones populares, por la derogatoria del incentivo económico otorgado a aquellas personas que lograban un fallo favorable, contemplado en la ley 472 de 1998? A través del análisis jurídico de los antecedentes que dieron origen a la acción popular, de la actual situación en el derecho comparado, así como del precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional que soportó el diseño de la derogatoria; concluimos que es posible que los ciudadanos hayan perdido el interés en participar como actores populares, al no contar con el estímulo económico que antes motivaba su actuación, por lo que una vez más una norma constitucional devendría en inconveniente. El documento ofrece una revisión de algunas categorías como: libertad de configuración legislativa, los principios de solidaridad e igualdad en el marco de un Estado Social de Derecho, en donde se sugiere que el legislador debió hacer un estudio más profundo sobre la problemática que se advertía con la pretendida derogatoria, y que para no debilitar la protección de los derechos colectivos ha debido dejar incólume la responsabilidad establecida en el artículo 40 de la ley 472 de 1998.

Palabras Clave: Derechos humanos colectivos, Acción popular, Incentivo económico.

Abstract

The document attempts to answer the question : Have citizens been unmotivated to carry out popular actions, by the repeal of the economic incentive given to those who achieved a favorable judgment, referred in the Law 472 of 1998? Through the analysis of legal history that gave rise to the popular action, the current situation in comparative law, as well as the jurisprudential precedent of the Constitutional Court that supported the repeal design. We conclude that citizens may have lost interest in participating as popular actors, not have the economic stimulus motivated before his performance, so once again would become a constitutional norm in inconvenience. The document provides a review of some categories such as freedom of legislative configuration, the principles of solidarity and equality within the framework of a social state of law where it is suggested that the legislator should have done a deeper study on the problems that was warned by the repealing ostensible one, and that not to debilitate the protection of the collective rights must have made unscathed the responsibility established in the article 40 of the law 472 of 1998.

Key Words: Collective human rights, popular Action, economic Incentive.

Résumé

Ce document cherche à répondre à la question : les citoyens se sont-ils démotivés à interposer des actions populaires, par la dérogatoire de l'aiguillon économique octroyé à ces personnes qui obtenaient un jugement favorable, contemplé dans la loi 472 de 1998 ? À travers de l'analyse juridique des précédents qui ont donné un lieu à l'action populaire, de l'actuelle situation dans le droit comparé, ainsi que du précédent jurisprudentiel de la Cour Constitutionnelle qui a supporté le dessin de la dérogatoire, ; nous concluons qu'il est possible que les citoyens ont perdu l'intérêt de participer en tant qu'acteurs populaires, après ne pas avoir disposé de l'incitatif économique qui motivait avant son comportement, par ce qu'encore une fois une norme constitutionnelle se transformerait en inconvénient. Le document offre une révision de quelques catégories comme : liberté de configuration législative, les principes de solidarité et d'égalité dans le cadre d'un État Social de Droit, où il est suggéré que le législateur a dû faire une étude plus approfondie du problème qui a été remarqué avec l'abrogation proposée, et pour ne pas affaiblir la protection des droits collectifs il a dû laisser intacte la responsabilité établie dans l'article 40 de la loi 472 de 1998.

Mots-Clefs : Droits de l'homme collectifs, Action populaire, incitatif économique.

Resumo

Neste artigo procura responder a pergunta : ter sido cidadãos desmotivados para trazer ações de populares, pela revogação do incentivo financeiro dado para aqueles que conseguiram uma decisão favorável, referida na lei 472 de 1998? Através da análise jurídica do fundo que deu origem à ação popular, a actual situação no direito comparado e o precedente do Corte Constitucional que apoiou o projeto da revogação; Podemos concluir que é possível que os cidadãos perderam o interesse em participar como um atores populares, por não ter o estímulo econômico que, antes de dirigir seu desempenho, por que mais uma vez que uma norma constitucional se tornaria no inconveniente. O documento fornece uma revisão de algumas categorias como liberdade de configuração legislativa, os princípios da solidariedade e da igualdade no âmbito de um Estado Social de direito, onde é sugerido que o legislador teve que fazer um estudo mais profundo do problema que foi observado com a revogação proposta, e não para enfraquecer a proteção dos direitos coletivos deve ter deixado intacta a responsabilidade nos termos do artigo 40 da Lei 472 1998.

Palavras-Chave: direitos humanos coletivos, ação popular, incentivo económico.

Introducción

La Constitución de 1991, contempla la necesidad de incluir al ciudadano particular en todas las actividades del Estado y por ende, le otorga la capacidad de participación en la toma de decisiones y en el ejercicio del control de situaciones jurídicas relevantes para el conglomerado social. El Estado social de derecho, por lo tanto, permite a las personas acudir a la jurisdicción para solicitar la protección de derechos individuales y colectivos, por ello se puede afirmar que la inclusión de las acciones populares dentro de nuestra Constitución no es otra cosa que el reconocimiento que el legislador hizo de los avances sociales y culturales que ya se habían logrado en la década de los 80 y 90. Propiamente dicha, la acción popular tuvo rango constitucional hasta en el año 1991, cuando la Carta Política, incluso desde sus artículos iniciales habla de la superioridad del interés general y del deber en cabeza del Estado de velar por la protección de los derechos particulares y generales de todos los colombianos.

Específicamente, las acciones populares se encuentran establecidas en el artículo 88 de la Constitución Política, donde se faculta a cualquier persona para acudir a través de proceso especial ante el juez competente, para solicitar la protección de los derechos e intereses colectivos, conculcados o que se encuentren en grave riesgo, en contra de una entidad pública o también de un particular.

La institucionalización de las acciones populares dentro de la Constitución obedeció a los cambios de filosofía del Estado y al entendimiento de que el individuo, el ciudadano colombiano, tiene una facultad no solo sobre sus derechos como particular, sino que también tiene un conjunto de derechos colectivos sobre los cuales puede ejercer control y de igual forma solicitar la protección ante un daño contingente o actual.

Las acciones populares del Código Civil tuvieron un cambio de gran trascendencia al ser contempladas en nuestra Constitución, pues se erigieron como acciones públicas, es decir se proveyó a todo ciudadano de la legitimación en causa para promover este tipo de acción de una manera garantista, concediéndole herramientas jurídicas para buscar la protección y eficaz salvaguarda de los derechos e intereses colectivos, otorgándole también una contraprestación al ejercicio de la defensa de aquellos, en los casos en los que lograra probar judicialmente su vulneración.

El escenario jurídico cambia abruptamente cuando el incentivo económico establecido en los artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998 queda derogado, y así mismo la protección de los derechos colectivos, considerando que no existe entre la sociedad ese altruismo que se requiere para emprender batallas ajenas en procura del bienestar colectivo sin ninguna contraprestación. De allí el cuestionamiento, si la medida tomada por el legislador resulta inconveniente para la salvaguarda de los intereses colectivos, que hasta el momento habían retomado la importancia que se merecen.

Objetivos

Objetivo general:

Analizar si la eliminación del incentivo económico establecido en la Ley 1425 de 2010 resulta conveniente o, por el contrario, va en contra del interés general en la salvaguarda de los derechos colectivos.

Objetivos específicos:

Indagar los orígenes de la acción popular en Colombia y la influencia del derecho anglosajón y romano.

Estudiar la génesis de las acciones populares y del incentivo económico en Colombia y en el derecho comparado.

Determinar los efectos que la eliminación del incentivo ciudadano en las acciones populares puede generar al interés general que dichas acciones protege.

Metodología:

A fin de llevar a buen término los objetivos planteados, se hará uso del método inductivo y analítico, mediante la recopilación y el análisis de la información existente, para llegar a deducir algunas conclusiones.

El análisis que se plantea es cualitativo, pues observando la situación del fenómeno en el tiempo y el espacio, se establecerá el estado del mismo para llegar a una conclusión que determine la situación actual. Mediante un esquema sociojurídico, se analizará el fenómeno de litigiosidad en materia de acciones populares, el cual resulta eminentemente jurídico y con incidencia en factores sociales, como los derechos colectivos que aquellas protegen.

Se parte de un análisis documental, que además de verificar la situación del tema en el derecho comparado, la evolución en el derecho interno y los datos que hasta ahora ha recabado la jurisdicción contencioso administrativa, establecerá si fue acertada la decisión del legislador o si, tal vez, por proteger el interés patrimonial del Estado se sacrificó el interés colectivo, pues acabando con los cazafortunas se acabó también con los veedores de los ciudadanos más sagaces. Esta investigación nos dará una idea de lo que sucede en el país, respecto al nuevo escenario de unas acciones populares sin incentivo económico.

El respaldo fundamental del presente análisis, parte de los documentos existentes en la Defensoría del pueblo, y la Jurisprudencial de la Corte Constitucional, básicamente el proyecto que se concretó en la ley 1425 de 2010, derogatoria de los artículos 39 y 40 de la ley 475 de 1998, que otorgaba los incentivos a las acciones populares, por lo que en estricto sentido las fuentes del presente artículo son netamente jurisprudenciales y las doctrinales referenciadas, crearon el espacio para exponer sobre la génesis y los antecedentes de las mencionadas acciones en Colombia y la comparación de las mismas con las de otros países.

1. Antecedentes jurídicos y alcance de las Acciones Populares

Las acciones populares tuvieron sus inicios en el sistema anglosajón y en el derecho romano. En el primero de ellos, conocido como el *common law*, se dio la aplicación de las *equity courts—equity law*, que no era otra cosa que un grupo o conjunto de principios que se adicionaban al derecho común, donde imperaba la equidad sobre las formalidades del derecho. Las *equity courts* ofrecían a los ciudadanos una solución cuando los tribunales convencionales no dirimían efectivamente el conflicto jurídico planteado.

En la historia, las hoy denominadas acciones populares surgieron en aquellos eventos cuando los afectados por una misma conducta eran un grupo grande de personas, lo que imposibilitaba que los jueces convocaran a todas las personas afectadas al proceso, lo cual llevó a los jueces a crear este tipo de acciones que benefician a una pluralidad de personas dentro de un mismo proceso.

Varios tratadistas del derecho romano, entre ellos el español Enrique Lozano y Corbi, sostienen que la génesis de las acciones populares coincide con los comienzos del mismo derecho. Lozano (1982) comentó: “Fue una de las instituciones procesales más típicamente romanas y que tal como allí se vio, no se ha vuelto a repetir en la historia del derecho universal”.

Como es bien sabido, el derecho romano es la mayor fuente de nuestro derecho actual, y en él, la figura de las acciones populares se presentó de una manera más clara, la cual fue retomada años después por Andrés Bello, que en gran parte acogió este tipo de acción para nuestro sistema de Derecho. Sin duda alguna, las acciones populares que hoy en día conocemos se basaron estructuralmente en el derecho romano, por ejemplo, la legitimación por activa, figura procesal establecida por los romanos, denominada en ese entonces “populus”.

Para la época republicana, el *populus* era el sujeto activo que participaba en los conflictos o interdictos de interés común, figura que en esencia buscaba o amparaba la integración de los ciudadanos. Para Cicerón, tres elementos tenían que converger en el *populus*: a) una pluralidad de personas, b) reunidas en un mismo interés jurídico y c) reunidas con el fin de lograr un interés superior y común. El *populus* casi alcanzó el mismo reconocimiento público que la “persona jurídica”, siendo titular de derechos y obligaciones. El *populus* se consagró como una figura de gran importancia en el derecho romano, pues no se puede desconocer que en dicho sistema confluía todo el poder en el pueblo.

En ese orden de ideas, los conflictos donde se implicaban bienes públicos, *res publica*, bienes de uso de todos, eran susceptibles de ventilarse a través de una acción popular, pues su titularidad residía en cabeza del *populus*. Además, a través de estas acciones se buscaba la protección de ciertos derechos de particulares que tenían gran importancia en una comunidad; por ejemplo, las situaciones jurídicas especiales de los interdictos o personas incapaces. Así pues, el *populus* tenía injerencia tanto en el Derecho público como en el privado, reconocido como un garante de derechos colectivos y personales de trascendencia general.

Los elementos que caracterizaban a las acciones populares dentro del derecho romano eran los mismos que aparecen en nuestro sistema jurídico: 1) el interés público en el asunto, el cual daba origen a la acción popular, en donde el demandante solicitaba la protección del derecho colectivo; 2) el interés particular del actor, y 3) la recompensa que buscaba el demandante al iniciar la acción. El efecto de la sentencia de la acción popular era *erga omnes*, al igual que en nuestra legislación, es decir, que la sentencia vinculaba a todas las personas y era de obligatorio cumplimiento, dándose también el efecto de cosa juzgada.

Como se puede observar, los sistemas anglosajón y romano tuvieron gran incidencia en nuestra legislación, pues los fines propios de la acción popular, así como sus formas y procedimiento fueron acogidos desde nuestro Código

Civil, y a lo largo de los años, a pesar de que han tenido cambios, sus raíces sustantivas y adjetivas siguen incólumes, por lo que podemos decir sin duda alguna que nuestra llamada acción popular no es una innovación de nuestros tiempos o de nuestro cambiante sistema jurídico, más bien es una copia de la antigua forma implementada ya desde el Imperio romano.

En nuestro régimen jurídico, las acciones populares tienen su inicio en el Código Civil de Don Andrés Bello, donde se estatuyen las acciones populares de una manera escueta en el artículo 1005 del mencionado estatuto legal². De manera específica, Bello consagró dicha acción para amparar el derecho del conglomerado pero con respecto a los “bienes de uso público”, sacando de esta acción los conflictos que se suscitarán con respecto a los interdictos.

En el artículo citado pareciera que las acciones populares en ese entonces, permitían que el sujeto pasivo de la acción pudiera ser una entidad estatal, consideración que desconocía la finalidad de la acción de responsabilidad del Estado, o responsabilidad extracontractual, por ello en 1947 la Corte Suprema de Justicia, en jurisprudencia nacional señaló claramente que en los eventos en donde la omisión o acción fuera causada por una entidad estatal, la acción procedente era la de responsabilidad civil contra el Estado y ya serían procedentes las acciones populares en tales eventos.

En cuanto a los daños que ocasione a los particulares una obra pública por no haber sido reparada oportunamente o por defectuosa construcción, solo produce la acción de responsabilidad por culpa que haya podido incurrir la entidad pública que permitió su uso y a cuyo cuidado se hallaba (Sarmiento, 2006).

De igual forma, más adelante en el artículo 2359³ del Código Civil nuevamente estipula las acciones populares y su carácter “público y general”, ante la existencia de un daño contingente; este artículo de “daño contingente” expresa el requisito de que el daño sea latente, es decir que aún no exista o se haya concretado el daño concretamente, pues de existir ya se tendría que promover la acción la responsabilidad civil extracontractual.

2 Artículo 1005: Acciones populares o municipales. La municipalidad y cualquiera persona del pueblo tendrá en favor de los caminos, plazas u otros lugares de uso público, y para la seguridad de los que transitan por ellos, los derechos concedidos a los dueños de heredades o edificios privados. Y siempre que a consecuencia de una acción popular haya de demolerse o enmendarse una construcción, o de resarcirse un daño sufrido, se recompensará al actor, a costas del querellado, con una suma que no baje de la décima, ni exceda de la tercera parte de lo que cueste la demolición o enmienda, o el resarcimiento del daño; sin perjuicio de que si se castiga el delito o negligencia con una pena pecuniaria, se adjudique al actor la mitad.

3 Artículo 2359: Por regla general se concede acción en todos los casos de daño contingente, que por imprudencia o negligencia de alguno amenace a personas indeterminadas; pero si el daño amenazare solamente a personas determinadas, sólo alguna de éstas podrá intentar la acción.

Los mencionados artículos, son la piedra angular de nuestras acciones populares, pues si bien, es cierto, también tienen sustento de rango constitucional, no podemos desconocer que desde el Código Civil se determinó la existencia de estas acciones, concretándose en el artículo 1005 la legitimación por activa, la finalidad de la acción y el elemento de la “recompensa” que caracterizó por mucho tiempo las acciones populares.

Ya para el año 1989 y ante la necesidad de legislar más específicamente los derechos colectivos, el Gobierno expidió el Decreto 2303, en el cual reglamentaba las acciones populares cuyo fin específico fuera la protección del medio ambiente rural. Y en su artículo 188 señala que los recursos naturales y el derecho ambiental pueden ser objeto de acción pública cuando por acción o causa humana se inflige un daño o deterioro al medio ambiente rural, siempre y cuando el asunto no sea de competencia exclusiva de la jurisdicción contencioso administrativa. Dicha acción se basó en los artículos 1005 y 2359 del Código Civil.

En suma, las acciones populares en la Legislación Colombiana tienen su origen en los artículos 1005, 1006, 2359 y 2360 del Código Civil de Colombia, como descendientes del derecho francés y romano, otorgando como compensación, o bien una suma entre la décima y tercera parte de las obras o resarcimiento del daño, o bien las costas del proceso.

Por su parte el Decreto Ley 3466 de 1982 “Estatuto del Consumidor” previó las acciones populares para la defensa del consumidor; norma que también fue aplicable por remisión de la Ley 45 de 1990 a quienes se vieran afectados por la competencia desleal; de su lado la Ley 9 de 1989 y el Decreto 2303 de 1989 extendieron la acción popular prevista en el artículo 1005 del Código Civil al espacio público, el medio ambiente, el ambiente rural y los recursos naturales renovables del dominio público.

A falta de avance legislativo que regulara las acciones populares, en 1993 la Corte Constitucional se pronunciaba aclarando su alcance, finalidad y requisitos, así:

Por su finalidad pública, las Acciones Populares no tienen un contenido subjetivo o individual, ni pecuniario y no pueden erigirse sobre la preexistencia de un daño que se quiera reparar, ni están condicionadas por ningún requisito sustancial de legitimación del actor distinto de su condición de parte del pueblo (Corte Constitucional, SU-067, 1993).

Para que proceda la acción popular, de por medio debe existir un interés o derecho colectivo que se encuentre amenazado o vulnerado; además tiene que estar presente una entidad pública o persona particular quien con su acción u omisión esté poniendo en riesgo o perjudicando el interés o derecho colectivo (Corte Constitucional, sentencia C-036, 1998) del cual se solicita su protección y solamente opera si el daño o la grave amenaza está presente al momento de instaurar la acción popular.

De lo anterior se colige que es necesario que el daño o la amenaza se encuentren presentes a la hora de formular la demanda, porque si el daño o la amenaza ya han cesado no procederá la acción popular.

Pero además, significa que la acción popular tiene una caducidad, concepto que se desarrolló más ampliamente a través de la sentencia (Corte Constitucional, sentencia C- 215,1999), cuando la Corte señaló:

La acción popular puede promoverse durante el tiempo que subsista la amenaza o peligro al derecho e interés colectivo, sin límite de tiempo alguno. No obstante, encuentra la Corte, que la excepción que en la misma disposición se prevé cuando la acción se dirige a ‘volver las cosas a su estado anterior’, en cuanto establece un plazo de cinco (5) años para instaurarla, contados a partir de la acción u omisión que produjo la alteración, desconoce el debido proceso y el derecho de acceso a la administración de justicia, de los miembros de la comunidad que se ven afectados en sus derechos e intereses colectivos⁴.

La Corte Constitucional, en la citada jurisprudencia, además aclaró que las acciones populares al carecer de elemento subjetivo, en principio, no podían ser objeto de solicitud dineraria a favor del demandante, teniendo en cuenta que el fin de este tipo de acción es la protección de un interés o derecho colectivo. Sin embargo, se observó que solo en ocasiones especiales se podría dar el reconocimiento de unas expensas a favor del demandante, cuando se verificara que aquel incurrió en diferentes gastos en razón o por ocasión del trámite de la acción popular.

En un gran avance legislativo se expidió la Ley 472 de 1998, que reglamentó las acciones populares, reunió y unificó los avances legislativos y jurisprudenciales que a la fecha se habían logrado en materia de acciones pública

4 C- 215 de 199: Acción pública de inconstitucionalidad contra los artículos 11, 12 (parcial), 13, 27, 30, 33, 34 (parcial), 45, 46, 47, 48 (parcial), 50, 53 (parcial), 55, 65 (parcial), 70 (parcial), 71, 73, 85 y 86 de la Ley 472 de 1998, «por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones”.

El numeral 4 enumera los derechos colectivos que gozan de protección a través de las acciones populares, ellos son:

El goce de un ambiente sano; la moralidad administrativa; la existencia del equilibrio ecológico, el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución; el goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público; la defensa del patrimonio público; la defensa del patrimonio cultural de la Nación; la seguridad y salubridad públicas; el acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública; la libre competencia económica; el acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna; la prohibición de la fabricación, importación, posesión, uso de armas químicas, biológicas y nucleares, así como la introducción al territorio nacional de residuos nucleares o tóxicos; el derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente; la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes; los derechos de los consumidores y usuarios.

Vale aclarar que en esta enumeración taxativa, la misma ley indica que se deben entender como incluidos todos los derechos colectivos reconocidos en normas supra e infra constitucionales.

La Ley 472 no estipuló la posibilidad o imposibilidad de demandar mediante acción popular los actos ni los contratos administrativos. Sin embargo, frente a los actos administrativos ; el Consejo de Estado ha sostenido que es procedente la acción popular siempre que la existencia del acto o de su ejecución, pongan en riesgo o vulneren un interés o derecho colectivo⁵; frente a los contratos administrativos se ha determinado que procede la acción popular siempre que no se haya iniciado la acción contractual, cuya finalidad sea el amparo de los mismos derechos colectivos, y que se puede solicitar la suspensión de la ejecución o la nulidad total o parcial del contrato siempre que éste vulnere o amenace intereses o derechos colectivos⁶.

El legislativo le da un trámite preferencial a las acciones populares, en el entendido que ciertos derechos e intereses colectivos están directamente

5 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 21 de marzo de 2002. Expediente AP 25000.23-26-000-2001-9093-01; Consejo de Estado, Sección Primera. Expediente AP-148; Consejo de Estado, Sección Cuarta. Expediente AP-026. Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia del 19 de julio de 2002. Expediente Ap 098. Consejo de Estado, Sección tercera, Auto de 30 de enero de 2003. Expediente Ap-761.

6 Sentencia del día 19 de julio de 2002, proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado. Rad. 25000-23-26-000-2000-0104-01 y Sentencia de diciembre 9 de 2003, proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Rad 25000-23-26-000-01204-01.

relacionados o en conexión⁷ con los derechos fundamentales y por ende se les debe dar un trato preferencial, imprimiéndose celeridad y tratando de darse una resolución al conflicto más en justicia que en derecho; por ello, la Ley 472 estableció audiencias de “pacto de cumplimiento y conciliación”, otorgándole efectos jurídicos y procesales idénticos a los que tiene una sentencia.

En las acciones populares, la sentencia puede dar a la parte vencida una orden de hacer o de no hacer, así mismo puede contener una condena de pagar una suma de dinero, o también puede ordenar que se realicen ciertos actos con miras al restablecimiento del estado anterior del derecho vulnerado.

También se ordenó en la Ley 472 favorecer al accionante con un *incentivo* que no podía ser menor del 5 % ni mayor al 10 % de lo ordenado en la sentencia, indicando que cuando el accionante fuese una entidad pública, la suma del incentivo sería depositada a favor del Fondo para la Defensa de los Derechos Colectivos, entidad que se creó a partir de esta ley.

El incentivo fue creado como un estipendio a favor del accionante por la labor que supone el estudio de la situación jurídica por demandar, la elaboración de la demanda y las actuaciones procesales obvias del trámite, así mismo el incentivo tenía un componente de reconocimiento o premio al accionante, porque se entendía que su real intención al demandar era obtener la protección de los derechos e intereses colectivos.

2. Génesis de las acciones populares e incentivo económico en el derecho comparado

Así como las acciones populares tienen su génesis en la antigua Roma, desde allí se puede encontrar el origen del incentivo económico como elemento inescindible de dicha acción; pues allí se comprometían las partes, en caso de condena, al pago de una multa (Petit, 1970) o a entregar una recompensa para el actor o para el Estado. Desde entonces la razón de ser del incentivo fue motivar a los ciudadanos a interponerlas (Sarmiento, 2006).

7 SU 067 93-Expediente No. T- 904. Acción de Tutela interpuesta contra el Consejo Nacional de Estupefacientes. Acciones Populares Derecho al Medio Ambiente Sano. Principios y criterios de aplicación (Jurisprudencia Unificada). Peticionario: Gerardo Ardila en nombre de la Alianza Democrática M-19 Magistrados Ponentes: Dr. Fabio Morón Díaz, Dr. Ciro Angarita Barón. “La conexión que los derechos colectivos pueden presentar, en el caso concreto, con otros derechos fundamentales, es de tal naturaleza que sin la debida protección de aquellos, estos prácticamente desaparecerían o se haría imposible una protección eficaz. En estos casos se requiere una interpretación global de los principios, valores, derechos fundamentales de aplicación inmediata y derechos colectivos, para fundamentar la aplicación inmediata que aparece como insuficiente para respaldar una decisión, puede llegar a ser suficiente si se combina con un principio o con un derecho de tipo social o cultural y viceversa. Esto se debe a que la eficacia de las normas constitucionales no está claramente definida cuando se analizan a priori, en abstracto, antes de entrar en relación con los hechos”.

Como ya se indicó, en Colombia las acciones populares se consagraron legislativamente en el Código Civil de 1887, que comparte su autor con el Código Civil chileno de 1855 (Título XIV). Andrés Bello trajo directamente del derecho romano este novedoso aporte (Biblioteca Virtual Universal, 2003). Uno y otro Código contienen disposiciones en defensa de los bienes públicos y los intereses colectivos (Sarmiento, 2006).

Mirando en los países del hemisferio, se evidencia que Brasil ha sido uno de los que más ha desarrollado el tema de las acciones populares, medio de acción consagrado desde la Constitución Política en el capítulo que trata de los derechos, deberes individuales y colectivos, como una acción que puede promover cualquier ciudadano para la defensa del medio ambiente, la moralidad administrativa y la protección del patrimonio histórico y cultural, siempre que no se demuestre mala fe, quedará aquel exento de gastos procesales y costas (Gidi, 2001, pp. 159-165).

Al igual que la Ley 472 de 1998, la legislación brasileña contempla la posibilidad de que el Estado ofrezca asesoría a aquellos ciudadanos que pretendan interponer una acción de este tipo y no cuenten con los recursos para sufragarla.

Desde 1985, existe igualmente la ley de acción civil pública que tiene como objeto la protección de derechos colectivos, sin fines indemnizatorios o reparatorios, solamente buscando el restablecimiento del derecho vulnerado. Igualmente existe desde 1991 el Código de Defensa del Consumidor, que prevé la posibilidad de que los consumidores, además de las acciones individuales, puedan intentar acciones colectivas por lesión a sus derechos como consumidores de bienes y servicios.

En cuanto a la protección del medio ambiente, que goza de protección constitucional, existe la Ley de la Política Nacional del Medio Ambiente que consagra la acción popular para su defensa y que solo puede ser interpuesta por el Ministerio Público, mecanismo que abrió la puerta para las diferentes acciones que hoy existen en esa nación para la defensa del medio ambiente (Gidi, 2001, pp. 159-165).

De otra parte, en Argentina se ha desarrollado el tema de las acciones populares principalmente a partir de la Constitución Política de 1994, que en su artículo 41 establece el derecho de todos los habitantes a tener y gozar de un ambiente sano; así mismo existe previsión sobre los derechos de los consumidores. Sin embargo, y a diferencia de la legislación colombiana, en Argentina no existe una acción autónoma para la protección de dichos derechos, sino que a ella

se accede a través de la acción constitucional de amparo (en nuestro Derecho, conocido como la acción de tutela) (Ovalle, 2003).

Con la Ley 22240 se pretendió avanzar en la materia dotando a las organizaciones de usuarios y consumidores de la potestad de presentar acciones para la defensa de los intereses colectivos. Sin embargo y aunque se dio un salto, el mismo fue coartado por el veto presidencial al artículo 54 que pretendía dotar con efectos *erga omnes* a las sentencias allí proferidas, por tanto y ante el veto, solo quienes participen de la acción son cobijados por el fallo.

De otra parte, en Estados Unidos estas acciones, que son conocidas como *class action* y *citizen action*, han tenido gran evolución y trascendencia dado que desde los inicios del ordenamiento jurídico se incluyeron y ha sido reconocida su importancia en la defensa de los intereses colectivos. La legislación federal norteamericana de derecho procesal, especialmente la regla 23, es tomada como el marco para la defensa de derechos colectivos a través de las acciones de clase (Camargo, 1999).

Tuvieron su origen en las *equity courts*, en las cuales predominó el fallo en equidad y que eran conocidas o tenían su razón de ser en la imposibilidad de llamar al proceso a todos los interesados, por lo numerosos. Posteriormente se crearon leyes o códigos para su procedimiento, y se permitió que una o varias personas las interpusieran en nombre de todos los que estuviesen afectados. Desde entonces y hasta ahora, los requisitos de este tipo de acciones son que la acción comparta los fundamentos de hecho y derecho, que sea imposible acumular la demanda de todos los accionantes por su número, y notificarle a los interesados por medios idóneos (Ovalle, 2003, pp. 587-615).

En el tema ambiental existen en la actualidad tres tipos de acciones de grupo, una para hacer cumplir una disposición legal que lo protege, otra para buscar una orden judicial que conmine a la accionada a efectuar algún acto y una tercera que obligue a cesar una vulneración o daño (Ovalle, 2003, pp. 38).

Existen otros ejemplos, como el de Suecia, donde se ha avanzado bastante en la protección de los derechos colectivos de los consumidores e incluso existe una entidad encargada de servir de mediadora para arreglos rápidos y equilibrados, un tribunal de consumidores.

Igualmente, el Ministerio Público tiene a su cargo la defensa de los intereses colectivos, tiene legitimidad de acción ante los tribunales de oficio o a petición de parte, buscando la protección de los consumidores (Fernandes, 2005).

Por su parte, en España, la acción de grupo igualmente tiene resorte constitucional como mecanismo para proteger intereses colectivos, tales como el medio ambiente, el patrimonio histórico y cultural y los derechos de los consumidores (Constitución Española, 1978).

La legislación española tiene una particularidad y es que consagra la posibilidad de que si el juez no protege el derecho colectivo invocado, se configure una violación al debido proceso que es reclamable a través de la acción de amparo, que en nuestro ordenamiento es la acción de tutela, exclusiva para la protección de derechos individuales y fundamentales.

En otras jurisdicciones, como la francesa y la alemana, la titularidad de estas acciones radica en asociaciones como las de consumidores, que pueden por ejemplo demandar las cláusulas de los contratos leoninos o adhesivos, en cuyo caso los fallos han de ser públicos para que los demás usuarios puedan invocarlos a su favor. El instrumento para la ejecución de las acciones en Francia se denomina la Ley Royer de 1973. En Alemania dicha acción está consagrada en la Ley de 9 de diciembre de 1976 y no se exige la existencia de asociaciones.

En países como Estados Unidos las acciones colectivas tienen requisitos rigurosos en cuanto al número de ciudadanos que conformaran el grupo, el tipo de interés que se debe perseguir entre otros asuntos; y en cuanto a la remuneración del abogado trabaja gratuitamente hasta el final del proceso, cuando obtendrá en recompensa la cancelación de los gastos asumidos por él, y una tercera parte del valor de la condena, a título de honorarios (Gidi, 2004, p. 7). Dichos pagos son controlados por los jueces, valorando los logros reales, ordenando un pago menor cuando la condena es muy grande, o por cuotas o fases.

Así, Estados Unidos, en donde se crearon códigos de procedimiento escrito en los cuales desaparecieron los tribunales de equidad, las acciones de clase se mantuvieron y tuvieron el mismo fin, que una persona pudiera acudir ante un tribunal con el fin de solicitar el amparo de un derecho colectivo, con la facilidad de que no fuera necesario que todas las personas que fueran afectadas por el hecho tuvieran que asistir a la Corte, siendo posible acudir por medio de este tipo de acciones para obtener resolución tanto en derecho como en equidad.

En 1974 una serie de juristas italianos convocados en el Congreso de Pavia, trataron sobre la necesidad de cambiar la concepción a través del concepto de *derecho de acceso a la justicia*, y a fin de vencer los obstáculos que se les

presentaban a los grupos de personas por los altos costos del litigio, hablaron de crear un incentivo económico. Sin embargo, desde 1970 Mauro Cappelletti reconoce la existencia de manipulación de los incentivos económicos, por lo cual en aquella época los jueces propiciaban la conciliación ante el despacho, buscando evitar largas contiendas; y en países como Australia, Inglaterra y Canadá se sancionaba al demandante que no aceptara una oferta de conciliación si después del juicio resultaba que aquella era razonable (Cappelletti & Garth, 1996, p. 57).

Aunque, como se ha dicho, para nuestro sistema jurídico existente el referente teórico ha sido el anglosajón y el romano, hay que observar que en otros países también se instituyeron las acciones populares aunque con fines más específicos. En el caso de España su finalidad fue salvaguardar el orden urbanístico; en Argentina fueron exclusivas para propender a la protección del medio ambiente y en Brasil las acciones populares eran encaminadas a la protección de los bienes públicos.

Ahora bien, el incentivo o recompensa no es propia de nuestra legislación, pues como se evidencia, esta figura es compartida por muchos otros ordenamientos jurídicos con una visión general que lleva implícitos dos fines, de una parte buscaba resarcir al particular demandante por los gastos en que debía incurrir durante todo el trámite procesal, de otra parte era un premio, una gracia o un reconocimiento que la justicia daba al demandante por su esfuerzo por proteger el interés general y a la vez era un castigo para el demandado quien debía cancelar a favor del demandante la recompensa decretada por el juez o tribunal de conocimiento.

3. Eliminación del incentivo de las acciones populares: “constitucional pero inconveniente”

La Ley 1425 de 2010 derogó los artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998, que consagraba los incentivos de las acciones populares; por considerar que aquello más que propender a generar la cultura de la protección común de los derechos colectivos, se convirtió en una suerte de carrusel que desnaturalizó la acción. Si bien las estadísticas y el soporte investigativo dan cuenta de que existía en el país un selecto grupo de ciudadanos que llenaron sus arcas con los recursos de los incentivos, no menos cierto resulta que el incentivo se causaba cuando se encontraba efectivamente vulnerado el derecho colectivo, por lo cual surge la disyuntiva si eliminando el incentivo se acabó con ese tipo de acciones, o seguirán existiendo ciudadanos, ahora altruistas, que sigan velando por la guarda de la moralidad administrativa, el espacio público,

los derechos de los consumidores, entre otros derechos que se protegen con dichas acciones y que en últimas comportan un interés general.

En esta investigación documental, además de verificar la situación del tema en el derecho comparado, la evolución en el derecho interno y los datos que hasta ahora ha recabado la jurisdicción contencioso administrativa, se establecerá si fue acertada la decisión del legislador o si, tal vez, por proteger el interés patrimonial del Estado se sacrificó el interés colectivo, pues acabando con los cazafortunas se acabó también con los veedores ciudadanos más sagaces.

En un mundo cada día más globalizado los derechos colectivos han cobrado gran importancia. Lo que luego de la Revolución francesa y más aun de la Carta de las Naciones, fue el auge de los derechos fundamentales o de primera generación, actualmente se surte alrededor de los derechos colectivos cuya protección se ejerce en Colombia y en el mundo a través de acciones populares.

Como ya se afirmó, la acción popular como mecanismo de protección de los derechos colectivos tiene su origen en el derecho romano, con base en la defensa de la *res publica* y el restablecimiento del bien común. De allí fueron traídas a la legislación colombiana a través de los artículos 1005 y 2359 del Código Civil de 1887, donde estuvieron sin mucha actividad en el ordenamiento jurídico, entre otras causas por la poca trascendencia que se daba a los derechos colectivos y además por la inexistencia de un mecanismo procesal autónomo para su ejercicio (Santos, 1996). Igualmente, en otras normas como la Ley 9 de 1989, decreto 2303 de 1989, Ley 99 de 1993, entre otras, se encuentran consagradas otras acciones populares.

El Constituyente de 1991, consciente de la tendencia internacional de protección de los derechos de tercera generación, decidió incluirlos en la Constitución, puntualmente en el Capítulo III del Título II, bajo la denominación de *derechos colectivos y del ambiente*; y en la misma vía incluyó el instrumento para su protección con rango constitucional denominado acciones populares. La misma Carta cedió al legislador la obligación de su reglamentación, lo que se llevó a cabo con la expedición de la Ley 472 de 1998.

La aplicación de esta ley ha sido definida como un éxito en Colombia, donde un estudio realizado por la Fundación para la Defensa del Interés Público con ocasión del primer aniversario de vigencia de la ley, demostró que solo en ese primer año se presentaron más de trescientas acciones populares en el territorio nacional, de conformidad con la información suministrada por la Oficina de Registro de Acciones Populares de la Defensoría del Pueblo, en el año 2000.

Puntualmente, en cuanto al incentivo, aquel estaba contenido en los artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998. En el primero se definía la regla general, que permitía al juez determinarlo con unos topes mínimos y máximos; el segundo, por su parte, define las reglas específicas para el caso de acciones populares interpuestas para proteger el derecho colectivo a la moralidad administrativa, en cuyo caso el incentivo ascendía a un porcentaje del monto recuperado.

Algunos de los argumentos de sus defensores se basan en que se amerita la existencia de una motivación o incentivo, que además compense el desgaste judicial al que se ve sometido el accionante; en ese orden de ideas dicho incentivo sería un justo pago que podía promover la defensa de los derechos colectivos. También señalan que en muchos casos, las acciones populares son impulsadas por ciudadanos del común que emplean recursos propios y escasos y se ven enfrentados a grupos económicos muy poderosos que son su contraparte; por lo cual el incentivo era no solo el aliciente sino la compensación para ese tipo de luchas onerosas, nivelando en alguna medida, ese desequilibrio de las partes.

Por otra parte, sus detractores señalaban que el incentivo generó una serie de distorsiones en la aplicación de la figura, que no pretendía que los ciudadanos viviesen del incentivo, sino que este cubriera los gastos del proceso y el desgaste propio del accionante; sin embargo se creó un grupo de personas que inician acciones populares de manera indiscriminada, con el objetivo único de obtener el pago del incentivo económico.

El Consejo de Estado, férreo defensor del otorgamiento del incentivo incluso cuando el proceso terminaba por pacto de cumplimiento, afirmaba que la no existencia del incentivo haría mermar la interposición de las acciones, y si se optaba por no aplicar el incentivo en caso de pacto de cumplimiento, apalearía dicha forma de terminación temprana del litigio. Al respecto, ha indicado el Consejo de Estado:

El artículo 39 de la ley 472 de 1998 prevé que “el demandante en una acción popular tendrá derecho a recibir un incentivo que el juez fijará entre diez (10) y ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales”. Las acciones populares no tienen por objeto la obtención de beneficios pecuniarios, sino la protección efectiva de derechos e intereses colectivos, de manera que se hagan cesar los efectos de su resquebrajamiento y lo que debe motivar a los ciudadanos a interponerlas es la solidaridad, lo cual no se opone a que la ley haya establecido una compensación a la carga adicional que asumen las personas que ejercitan una acción en beneficio de la comunidad y no en el mero interés individual. El estímulo

económico a favor de quienes ejercen las acciones populares se estableció desde el Código Civil (artículo 1005) que lo fijaba en el equivalente a “una suma que no baje de la décima ni exceda de la tercera parte de lo que cueste la demolición o enmienda, o el resarcimiento del daño; sin perjuicio de que si se castiga el delito o negligencia con una pena pecuniaria, se adjudique al actor la mitad”. Tal beneficio económico, no fue concebido como un castigo para la entidad o persona reacia a cesar en la trasgresión de los derechos e intereses colectivos, sino como una compensación por la labor altruista del actor, así dicha suma deba pagarse a costa de la entidad o persona responsable de la vulneración.

El derecho al incentivo no surge por voluntad de las partes ni está sometido a la liberalidad del juez, surge del mandato legal; aunque su cuantía sí la establece este de manera discrecional. Por eso, la Sala ha considerado que puede reconocerse el incentivo en el evento en cual se nieguen las pretensiones de la demanda, como consecuencia de que para cuando se llegue a ese momento procesal haya cesado la amenaza o vulneración al derecho o interés colectivo, siempre que se logre demostrar que efectivamente existió un daño o vulneración a los intereses colectivos, y que la interposición de la demanda fue el motivo determinante por el cual cesó dicha vulneración. En consecuencia, cuando se haya probado que la conducta de la cual se predicaba la violación de los derechos colectivos cesó después de la presentación de la demanda, como se logró demostrar que efectivamente se produjo una violación a los derechos que se invocaron como vulnerados en la demanda, estima la Sala que hay lugar al reconocimiento del incentivo, confirmando en su totalidad la sentencia recurrida (Consejo de Estado, 2005).

En el mismo sentido, precisó el Consejo de Estado en otra providencia:

La finalidad del incentivo económico no es la de resarcir perjuicios, sino operar como un estímulo a los ciudadanos para que participen mediante la acción popular, en defensa de los derechos e intereses colectivos. Resulta procedente cuando el objetivo de la acción se cumpla, a cuyo efecto el legislador graduó su monto entre 10 y 150 salarios mínimos, en consideración a la actividad desplegada por el actor y a la eficacia de su actuación respecto de la protección del derecho o interés colectivo, mediante la prueba de que fue determinante para el reconocimiento o protección del derecho. Ahora bien, cabe resaltar que ese actuar debe ser motivado por el interés colectivo y no simplemente individual de obtener dicho reconocimiento, con base en una sólida conciencia cívica.

En el caso concreto están cumplidos (sic) lo supuestos que condicionan el otorgamiento del incentivo al accionante, toda vez que gracias a que instauró la demanda que dio lugar a este proceso y a que demostró la vulneración de uno de los derechos colectivos invocados, se dispondrá el amparo del mismo en beneficio de todos los usuarios del servicio de energía eléctrica del municipio de Salamina y el Corregimiento de San Félix. En consideración a que i) la actuación del actor fue determinante en la protección del derecho colectivo de todos los usuarios y consumidores del servicio de energía eléctrica en tales localidades, como quiera que presentó una demanda acertada, patrocinó el recaudo de las pruebas pertinentes e insistió en su petición ante esta Corporación y en atención a que ii) la vulneración del derecho se prolongó por (sic) más de cincuenta meses porque las actuaciones de algunos funcionarios de control fueron infructuosas, la Sala dispondrá el pago del incentivo en su favor en cuantía de 50 salarios mínimos legales mensuales, que deberá ser pagado por la Central Hidroeléctrica de Caldas S.A. E.S.P.-CHEC, porque a ella resulta imputable la lesión del citado derecho colectivo (Consejo de Estado, 2006).

Por su parte, la Corte Constitucional siempre se cuestionó si el incentivo contrariaba el deber de solidaridad y a la igualdad, al convertirse en un estímulo económico para que las personas defiendan derechos que deberían hacerlo por iniciativa altruista, tampoco estaba muy de acuerdo con la diferencia que hacía el incentivo cuando se trataba de la protección de la moralidad administrativa.

En la sentencia C-459 de 2004 con ponencia de Jaime Araújo Rentería, la Corte consideró que:

(...) las acciones populares combinan el deber de solidaridad que a todas las personas les atañe, con la potestad del Estado para inducir, promocionar, patrocinar, premiar y, en general, estimular el ejercicio de tales acciones en orden a la materialización y preservación de determinados bienes jurídicos de especial connotación social. Lo cual encuentra arraigo constitucional en el hecho de que nuestra Carta Política no prohíba un modelo ético único, pues, según se vio, la pluralidad de pensamiento y el respeto a la diferencia campean cual coordinadas rectoras de las instituciones del Estado y de las relaciones entre los particulares y las autoridades públicas. Es decir, respetando el pensamiento que cada cual pueda tener sobre la forma de hacer efectivo su deber de solidaridad, el Congreso prevé un estímulo que resulta válido frente a la efectiva defensa de los derechos e intereses colectivos, el cual resulta proporcionado al tenor de los topes limitativos

del monto del incentivo a decretar judicialmente. De suerte tal que, al tiempo que el demandante reporta un beneficio para sí, la sociedad misma se siente retribuida con la efectiva reivindicación de sus derechos e intereses colectivos.

Desde el surgimiento de las acciones populares se presentaron numerosas denuncias públicas de abuso en la desmedida interposición de incentivos (Universidad del Rosario, 2009), lo cual dio pie a que el Congreso tramitara la derogatoria de los incentivos en las acciones populares, de lo que da cuenta la ponencia para el primer debate del proyecto de Ley 199 de 2010 Senado, 054 de 2009 Cámara, que quedó conciliado con 43 votos a favor de 53 posibles; fundamentados entre otros motivos en que las acciones populares no requieren de incentivos, que congestionan el sistema judicial, es inconveniente un régimen de incentivos para premiar el ejercicio de las acciones públicas porque se viola el principio de solidaridad constitucional, no aplica para otros instrumentos jurídicos como es el caso de las acciones de nulidad, de exequibilidad y de cumplimiento, y conlleva la pérdida de su objetivo debido a la búsqueda del incentivo económico (Rama Legislativa del Poder Público, 2010).

Dicho proyectó se concretó en la Ley 1425 de 2010, derogatoria de los artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998, que otorgaba los incentivos a las acciones populares; sin embargo, esta norma no se pronunció frente a las acciones populares preexistentes a la Ley 472 de 1998, y que fueron preservadas por su artículo 45; por lo cual en estricto sentido podría decirse que dichas acciones y el incentivo que preveían continúan vigentes. No obstante, ya existe pronunciamiento en contrario del Consejo de Estado con ponencia del Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, quien en auto del 21 de octubre de 2010 dentro del expediente 2008-00725 señaló:

En relación con dicha tesis debe la Sala señalar que respecto al mencionado artículo nos encontramos frente a una derogatoria orgánica, la cual ocurre cuando una nueva Ley regula **íntegramente** una materia, agotándola *completamente*, tal como ocurrió con la Ley 472 de 1998 que entró a regular las acciones populares, por lo cual se puede concluir que el referido Tribunal no incurrió en un yerro al no acceder a la pretensión del actor.

Frente a dicho pronunciamiento hace falta esperar otro de la Corte Constitucional que revalide o recoja el efectuado en la sentencia C-215 del 14 de abril de 1999, atrás comentada.

Sin embargo, con el paso de los años, el incentivo económico se tornó, al parecer, en la finalidad única que el accionante pretendía con las acciones populares. En ese entendido y al ver la avalancha creciente de acciones populares que en muchas ocasiones eran solo copia de muchas otras, el legislativo buscó frenar esta situación y a través de la Ley 1425 del 2010 derogó el incentivo pecuniario en las acciones populares.

Seis años después es evidente que ya no se tramita el mismo número de acciones populares, lo que revela una triste realidad, el incentivo era el fin perseguido por los accionantes y no la protección de los derechos e interés colectivos; sin embargo, el legislador no tuvo en cuenta que el interponer una demanda y llevar a fin el trámite procesal requiere unos gastos que, en primera medida, tienen que ser sufragados por el demandante, y al desaparecer el incentivo económico se le impone una carga económica injusta al accionante, hecho que desmotivó a los ciudadanos a interponer este tipo de demanda, pues, al contrario de lo que sucedía antes de la Ley 1425, ya no se está ganando una cierta suma de dinero como recompensa en su actuar, sino que se le imparte una carga económica, lo que dejó en estado de desprotección eficaz y real a los derechos e intereses colectivos.

Conclusiones

Fue claro para el legislador cuando promulgaba la ley 1425 de 2011 que debía poner freno a la congestión judicial, y de alguna manera defender o proteger el patrimonio de las entidades territoriales que eran vencidas dentro de litigio cuya sentencia ordenaba la protección de derechos colectivos. Pues a raíz de la creación del incentivo económico (ley 472 de 1998), otorgado al actor popular vencedor fueron, de innumerables las sentencias que no solo protegieron tales derechos, sino que concedían sumas no despreciables que de alguna manera cumplían el papel de retribución al espíritu altruista del ciudadano que impulsaba una acción popular.

Pues bien, la Corte Constitucional considero que el deber de solidaridad que le asiste al ciudadano altruista que formula unas pretensiones que no son para su propio beneficio sino para un colectivo debía tener una contraprestación *C-459 de 2004*; sin embargo, y pese a las lecciones dadas por esta acción, se debita constantemente la defensa de los derechos colectivos, pues sin contraprestación alguna es escaso el interés y la iniciativa de ciudadano con verdadero espíritu altruista que quiera representar a un colectivo.

En conclusión aun cuando los motivos que tuvo el Gobierno Nacional para presentar al Congreso proyecto de Ley para eliminar el incentivo económico

de las acciones populares, y el Congreso de la República para acceder a ello promulgando la Ley 1425 de 2011; lo cierto es que no puede en aras de propender por la descongestión de los despachos judiciales o propender por la eliminación de prácticas nocivas; desincentivar la presentación de ese tipo de acciones que protegen un interés superior general.

Según datos de la oficina de Registro de Acciones Populares de la Defensoría del Pueblo y en los Juzgados Administrativos es notoria la disminución de interposición de ese tipo de acciones, sobre todo en temas que tienen que ver con la moralidad administrativa; lo cual necesariamente vulnera un interés general, pues se reduce la presencia de veedores mordaces que si bien van tras su incentivo, lo cierto es que ayudan a restablecer los derechos colectivos violentados.

Si la idea de la Ley era atacar “las mafias” que se escondían detrás de la presentación de dichas acciones, el remedio mató la enfermedad junto con el paciente, pues como su nombre lo indica el incentivo económico, motiva a los ciudadanos a tomarse la molestia e invertir los recursos en proteger un interés común a muchos o a todos los habitantes del territorio.

Las razones esgrimidas por la Corte Constitucional en la Sentencia C-630 de 2011, que vale la pena decir recoge y modifica la postura esbozada en la Sentencia C-459 de 2004 sin mayor consideración al precedente; son razones formales, objetivas y bastante poco respetuosas del principio de la buena fe, pues, basadas en la Solidaridad y los deberes democráticos se desconoció que el objeto último de las acciones populares, es proteger bienes jurídicos que a todos compete pero que generalmente no tiene doliente. Faltó efectuar un estudio de costo-beneficio, donde a mi criterio se hubiese establecido que es mejor pagar a algunos carteles el incentivo económico, que dejar de corregir lo que está fallando en materia de derechos colectivos; es decir, reconocer que si hay lugar al pago es porque había algo que no funcionaba y se corrigió, y en últimas eso es lo que verdaderamente importa.

Se sacrificó el interés general en favor de la protección de los recursos del Estado, lo cual de manera alguna guarda relación con el desarrollo y evolución del derecho de acceso a la justicia, donde en lugar de limitar al ciudadano para que accione sintiendo congestionada la justicia, debe abrirse cada vez más posibilidades de acción, y aún más en materia de acciones constitucionales populares.

Comparto entonces, la postura de la Corte Constitucional de 2004 que al estudiar la naturaleza del incentivo determinó, que no es un pago al actor

por cumplir sus deberes ciudadanos, sino una recompensa por decidirse a hacerlo cuando los demás no lo hicieron, y además la retribución a sus gastos y esfuerzos; todo esto en vía de un beneficio mayor, cual es la protección de derechos de todos los ciudadanos.

La ley 472, como es bien sabido, establecía dos tipos de incentivos, regulados en los artículos 39 y 40, éste último artículo además de regular el incentivo para el accionante dentro de las acciones populares sobre moralidad administrativa, imponía una responsabilidad y su consecuente deber de indemnizar al representante legal del organismo o entidad contratante y al contratista que con su actuar dentro del proceso contractual, hubieran generado sobrecostos o irregularidades que afectaran el patrimonio público. El artículo 40 de la ley 472 de 1998, fue objeto de control a través de acción de constitucionalidad, demanda en la cual se argumentó que con dicha norma, se violaba flagrantemente la presunción de inocencia la de la buena fe con que los particulares concurren a sus negocios, sin tener en cuenta que el representante legal de la entidad bien no pudo ser partícipe del proceso contractual; que además la disposición demandada iba en contravía del artículo 29 de la Constitución Nacional y argumentaba que el legislador de cierta manera había creado una responsabilidad objetiva “(...) de la que ha debido ocuparse de manera expresa, consagrando las causas, circunstancias que la originan y los procedimientos a seguir ante su ocurrencia, como lo exige el inciso final del artículo 88 de la Carta, sobre el cual hasta el momento nada ha dicho el legislador⁸”.

La demanda de constitucionalidad conllevó a la sentencia C-088 de 2000. Magistrado Ponente, Fabio Morón Díaz, donde la Honorable Corte Constitucional, hizo un estudio arduo empezando por los fines y principios de la contratación estatal.

Determinando que las entidades deben tener estar representadas por una persona que se reviste con capacidad y facultad para contratar a nombre de la entidad que representa y con ello asume las responsabilidades por acciones u omisiones en cumplimiento de tales funciones. Referente al supuesto régimen de responsabilidad objetiva del cual se ataca en la demanda de constitucionalidad, señala la Corte Constitucional, que al contrario de lo que se señala en la demanda la Constitución Nacional del 91 si impone en su artículo 90 un régimen de responsabilidad cuando señala con claridad que el Estado «responderá patrimonialmente por

8 Acción pública de inconstitucionalidad, las ciudadanas Ruby Patricia Rasmussen Paborn, Inés Adriana Sánchez Leal, Gloria Inés Muñoz Parada y Olga E. Hoyos de Ordóñez demandaron los artículos 40 (parcial) y 55 (parcial) de la Ley 472 de 1998: «Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones.

los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas⁹.

Señala que además el artículo 90 de la Carta Magna no sólo es imperativo -ya que ordena al Estado responder- sino que no establece distinciones según los ámbitos de actuación de las autoridades públicas. En efecto, la norma simplemente establece dos requisitos para que opere la responsabilidad, a saber, que haya un daño antijurídico y que éste sea imputable a una acción u omisión de una autoridad pública¹⁰. Destaca además que dentro de los principios establecidos en el estatuto de contratación estatal, ley 80 de 1993, se establecieron en su artículo 23, la transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplican en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.

La Constitucional agregó que en el artículo 26 de la 80 se estableció entre el principio de responsabilidad la obligación a los servidores públicos de responder por sus actuaciones y omisiones antijurídicas y el deber de indemnizar los daños que se causen por razón de ellas, así mismo se hizo relación de la responsabilidad y el deber de indemnizar que al citada ley 80, le impuso al contratista por haber ocultado al contratar, inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones, o por haber suministrado información falsa. Así mismo la Corte Constitucional hizo un breve recuento de las otras disposiciones encontradas en la ley 80 del 1993 en donde se regula la responsabilidad y consecuencias de la misma en la actividad contractual. Finalmente la Corte argumenta que la ley acusada lo que busca es establecer una solidaridad legal entre el representante legal del organismo o la entidad contratante y el contratista que con violación al principio de moralidad administrativa concurren a un proceso contractual que genera perjuicios al patrimonio público, solidaridad legal que se establece para poder hacer efectiva la responsabilidad patrimonial al tenor del artículo 150 Superior.

Por último, aclaró la Corte que con el artículo demandado no buscó el legislador que a través de las acciones populares se debatan o decidan controversias de tipo contractual, pues dichas controversias tienen definidas su jurisdicción y acción.

⁹ Artículo 90 Constitución Nacional

¹⁰ Cf. C-088 del 2000.

Debe ser objeto de análisis el hecho que la ley 1425, al pretender derogar el incentivo de las acciones populares, también derogó de paso la responsabilidad y el consecuente deber de indemnizar al representante legal del organismo o de la entidad contratista que dentro de un proceso contractual actuaran irregularmente o hubieran ocasionado sobre costos, causando daño al patrimonio público. Aunque las disposiciones constitucionales arriba mencionadas, dejan en pie la posible acción de responsabilidad y resarcimiento del daño contra los funcionarios y/o contratistas que dentro de un proceso contractual, hubieran actuado irregularmente causando perjuicio al patrimonio público, es cierto también que con la eliminación del incentivo se perdió una gran oportunidad para que la ciudadanía velara por el correcto actuar dentro de los procesos contractuales que hoy en día están en el ojo del huracán por tantos escándalos de contratación irregular, en donde la corrupción y las dadas son el pan de cada día. Con la derogatoria del artículo 40 de la 472 que versaba sobre las acciones populares sobre la moralidad, se fue más allá de la supuesta intención de erradicar el incentivo de las acciones populares, pues es absolutamente claro que se derogó la responsabilidad solidaria y legal estatuida en el inciso dos del mencionado artículo 40 derogado.

Se advierte que el legislador debió hacer un estudio más de fondo sobre la problemática que se advertía con la pretendida derogatoria y a fin de no causar mayor debilidad a la protección de los derechos colectivos, ha debido dejar incólume la responsabilidad establecida en el ya tantas veces mencionado artículo 40 de la ley 472 de 1998.

Referencias

Asamblea Nacional Constituyente de Colombia. (18 de marzo de 1991). Gaceta Constitucional, (22). Recuperado de <http://www.elabedul.net/Documentos/Temas/>

_____. (11 de marzo de 1991). Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución Política de Colombia No. 23, Título: Protección del Ambiente, Autor: Álvaro Gómez Hurtado. Gaceta Constitucional, (19).

Biblioteca Virtual Universal. (2003). Andrés Bello. Principios de derecho internacional.

Recuperado de <http://www.biblioteca.org.ar/libros/71387.pdf>.

Camargo, P.P. (1999). Las acciones populares y de grupo. Bogotá: Leyer.

Capelletti, M y Garth, B. (1996). El acceso a la justicia: la tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos. Recuperado de https://books.google.com.co/books/about/El_acceso_a_la_justicia.html?id=iQD_h86eF8AC&redir_esc=y.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta, (7 de abril de

2000). Expediente AP-026.

_____. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Tercera, (21 de marzo de 2002). Expediente AP 25000.23-26-000-2001-9093-01.

_____. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Quinta, (19 de julio de 2002). Radicado 25000-23-26-000-2000-0104-01.

_____. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Quinta, (9 de diciembre de 2003). Radicado 25000-23-26-000-01204-01

_____. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección tercera. (6 de octubre de 2005). Radicación número: 08001-23-31-000-2002-02214-01(AP).

_____. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección tercera (16 de febrero de 2006). Radicación número: 17001-23-31-000-2004-00237-01(AP).

_____. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección segunda (21 de octubre de 2010). Expediente 2008-00725.

Corte Constitucional Colombiana. (24 de febrero de 1993). Sentencia SU-067/93. Expediente T-904.

_____. (19 de febrero de 1998). sentencia C-036/98.

_____. (14 de abril de 1999). Sentencia C-215/99.

_____. (2 de febrero de 2000). Sentencia C-088 de 2000.

_____. (11 de mayo de 2004). Sentencia C-459 de 2004.

_____. (24 de agosto de 2011). Sentencia 630 de 2011.

Defensoría del Pueblo. (2000). Memorias Congreso Los Derechos e Intereses Colectivos. Defensa a través de las Acciones Populares. Defensoría del Pueblo. Bogotá.

Fernandes, G. (2005). La Protección de los Intereses Metaindividuales en Derecho Comparado.

Gidi, A. (2001). Acciones de grupo y amparo colectivo en Brasil. *La protección de derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*, 159-165. L. Cabrera & E. Ferre.

Ley 472 de 1998, por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo. Agosto 5 de 1998. Diario Oficial No. 43.357.

Ley 1480 de 2011, por medio del cual se expide el Estatuto del Consumidor. Octubre 12 de 2011. Diario Oficial No. 48.220.

Lozano, E. (1982). La legitimación popular en el proceso romano clásico. Barcelona : Bosch.

Ovalle, J. (2003). Acciones populares y acciones para la tutela de los intereses colectivos. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 36, 542-555.

Petit, E. (1970). *Tratado elemental de derecho romano*. Albatros. Buenos Aires.

Procuraduría General de la Nación. (2011). *Concepto 5136 del 4 de abril de 2011*. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1° y 2° de la Ley 1425 de 2010, por medio de la cual se derogan artículos de la Ley 472 de 1998 - acciones populares y de grupo.

Rama Legislativa del Poder Público (13 de diciembre de 2010.). *Gaceta del Congreso*. Recuperado de http://servoaspr.imprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.nivel_3

Santos, J. (1996). *Instituciones de la responsabilidad civil*. Tomo I. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá.

Sarmiento, G. (2006). *Las acciones populares en el derecho privado colombiano*. Universidad del Rosario. Bogotá, 47-48.

Universidad del Rosario, Corporación Excelencia en la Justicia & Defensoría del Pueblo. (2009). *Justiciabilidad de los derechos colectivos*. Bogotá.