

EL INCENTIVO ECONÓMICO EN LAS ACCIONES POPULARES

EDWIN JESUS OJEDA ROSERO

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
CENTRO DE INVESTIGACIONES Y ESTUDIOS SOCIO JURÍDICOS
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO
SAN JUAN DE PASTO
2011**

EL INCENTIVO ECONÓMICO EN LAS ACCIONES POPULARES

EDWIN JESUS OJEDA ROSERO

**Trabajo de grado presentado como requisito parcial para optar al título de
Especialista en Derecho Administrativo**

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
CENTRO DE INVESTIGACIONES Y ESTUDIOS SOCIO JURÍDICOS
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO
SAN JUAN DE PASTO
2011**

NOTA DE RESPONSABILIDAD

“Las ideas y conclusiones aportadas en el trabajo son responsabilidad exclusiva de sus autores”

Artículo 1 de Acuerdo N° 324 de octubre 11 de 1966 emanada por el Honorable Consejo Directivo de la Universidad de Nariño.

Nota de aceptación

Jurado

Jurado

Asesor

Pasto, Enero de 2011

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	10
1. EL INCENTIVO ECONÓMICO EN LAS ACCIONES POPULARES	14
1.1 ANTECEDENTES DE LAS ACCIONES POPULARES	14
1.1.1 Antecedentes en el derecho romano	14
1.1.1.1 Interdictos populares.	15
1.1.1.2 Acciones populares romanas.....	15
1.2 ANTECEDENTES NORMATIVOS DE LAS ACCIONES POPULARES EN COLOMBIA.....	17
2. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DEL CONSEJO DE ESTADO EN RELACION AL TEMA	21
2.1 JURISPRUDENCIA LOCAL: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NARIÑO.....	31
3. CONCLUSIONES	38

RESUMEN

Dentro de las acciones populares uno de los puntos que más ha suscitado controversia es precisamente el reconocimiento del incentivo económico a favor del actor popular, más específicamente en los casos en que el proceso termina mediante sentencia aprobatoria de Pacto de Cumplimiento. Es así como actualmente existen posiciones divergentes al respecto, aun en el propio Consejo de Estado y en los diferentes Tribunales Administrativos del País, algunas de ellas en pro de la supresión del incentivo, pues hay quienes consideran que este incentivo ha distorsionado la naturaleza de la acción popular, argumentando que su uso no estaría motivado por razones altruistas, sino solamente por intereses egoístas y otras en pro de su mantenimiento, pues consideran que si bien su ejercicio debe orientarse a la protección efectiva de derechos e intereses colectivos para que cese su vulneración, ello no se opone a que la ley haya establecido una compensación a favor de quienes la promueven, siempre y cuando la interposición de estas acciones persigan finalidades legítimas y se ejerzan de manera racional y proporcional.

En este orden de ideas vale la pena considerar que esta divergencia de criterios quizás se deba a que la ley 472 no es lo suficientemente clara, toda vez que de la lectura de los artículos 34 y 39 de dicha ley, que se refieren al tema del reconocimiento del incentivo a favor del actor popular, se pueden identificar diferencias conceptuales que dan pie o propician diversas posibilidades interpretativas que han impedido identificar su verdadero sentido, dando lugar de esta manera a diversos enfoques y pronunciamientos dentro de una misma corporación, en detrimento de la coherencia y seguridad jurídica, que debe estar presente en toda práctica judicial, observándose de esta manera que es urgente y necesario fijar criterios claros y precisos, que permitan determinar en que eventos es procedente o no reconocer dicho incentivo.

ABSTRACT

Among the popular activities of the points that has aroused controversy is precisely the recognition of the economic incentive for the popular actor, specifically in cases where the process ends by ruling approving Covenant Compliance. Thus today there are divergent views on the matter, even in the Board of State and various administrative tribunals of the country, some of them towards the removal of the incentive, as some think that this incentive has distorted the nature of class action, arguing that its use would not be motivated by altruism, but only for selfish interests and others in favor of maintaining it, believing that although the exercise should be aimed at the effective protection of collective rights and interests to cease its infringement this does not preclude the law has established a compensation for those who promote it, as long as the filing of the following legitimate aims pursued and exercised in a rational and proportional.

In this vein it is worth considering that this divergence of views may be due to that Act 472 is not sufficiently clear, since the reading of articles 34 and 39 of this Act which relate to the subject of recognition of the incentive in favor of popular actor, you can identify conceptual differences that give rise or enable different possible interpretations that have prevented identify their true meaning, thus leading to different approaches and statements within a single corporation, to the detriment of consistency and legal security that must be present at all judicial practice, observed in this way it is urgent and necessary to set clear and precise criteria, to determine which events are coming or not recognizing the incentive.

GLOSARIO

AMBIVALENCIA: Condición de aquello que tiene dos sentidos diferentes o se presta a dos interpretaciones opuestas.

DAÑO CONTINGENTE: Daño que puede suceder o no suceder.

DERECHOS DIFUSOS: son aquellos intereses protegidos por una norma, que afectan directamente a los individuos de una colectividad y tienen carácter no excluyente, no conflictivo y no distributivo.

DILIGENTE: Ciudadadoso, que obra con interés y atención.

ENSAYO: El ensayo consiste en la interpretación de un tema (humanístico, filosófico, político, social, cultural, deportivo, etc.) sin que sea necesario usar un aparato documental, de manera libre, asistemática y con voluntad de estilo. Se trata de un acto de habla perlocutivo.

ESPACIO PÚBLICO: Se llama espacio público al lugar donde cualquier persona tiene el derecho de circular, en oposición a los espacios privados, donde el paso puede ser restringido, generalmente por criterios de propiedad privada, reserva gubernamental u otros. Por tanto, *espacio público* es aquel espacio de propiedad pública, dominio y uso público.

IMPUTABILIDAD: Aptitud de la persona para responder de los actos que realiza.

INCENTIVO ECONOMICO: El incentivo conforme su significado gramatical corresponde a algo que se mueve o excita a desear o hacer una cosa. Así, en materia de acción popular el incentivo es una recompensa o premio, constitutivo en el pago de una suma de dinero que tiene por finalidad estimular la protección y defensa de los intereses colectivos a través de esta acción constitucional.

JURISPRUDENCIA: Se entiende por jurisprudencia las reiteradas interpretaciones que hacen los tribunales en sus resoluciones de las normas jurídicas, y puede constituir una de las Fuentes del Derecho, según el país. También puede decirse que es el conjunto de fallos firmes y uniformes dictados por los órganos jurisdiccionales del Estado. En otras palabras, la jurisprudencia es el conjunto de sentencias que han resuelto casos iguales o similares de la misma manera o en el mismo sentido.

LINEA JURISPRUDENCIAL: es un espacio abierto con todas las posibles respuestas a la pregunta planteada, es una estrategia conveniente para graficar las soluciones que la jurisprudencia ha dado al problema y para reconocer, si existe, un patrón de desarrollo decisonal.

PRECEDENTE JUDICIAL: Lo entendemos como un número específico de decisiones en un mismo sentido que conforma una posición jurídica frente a un tema y que tiene efecto vinculante para los jueces de la república, siendo por lo tanto un concepto eminentemente cualitativo.

RESARCIMIENTO: indemnización, reparación de un daño, perjuicio o agravio.

SENTENCIA: La sentencia es una resolución judicial dictada por un juez o tribunal que pone fin a la litis (civil, de familia, Mercantil, laboral, contencioso-administrativo, etc.) o causa penal.

INTRODUCCIÓN

La figura jurídica de la Acción Popular, ha estado entre nosotros desde la implementación del Código Civil Colombiano redactado por Andrés Bello, ello pone de manifiesto que se trata de una institución Jurídica antigua, sin embargo es una figura que inexplicablemente siempre ha estado relegada a un segundo plano, toda vez que esta acción ha sido virtualmente desconocida entre nosotros.

Durante los últimos años y específicamente a partir del año 1991, con la promulgación de la nueva Constitución Política, las acciones populares sufrieron un enorme cambio, ya que el constituyente de 1991 elevó a rango Constitucional estas acciones en el artículo 88, desarrollado posteriormente por la ley 474 de 1.998 y decidió convertirlas en acciones públicas, interpretando con ello las necesidades de protección derivadas de la aparición de nuevas realidades o situaciones socio económicas, en las que el interés afectado no es ya particular, sino de carácter colectivo.

Desde entonces su práctica no ha cesado de incrementarse, al amparo de la jurisprudencia constitucional y contenciosa, lo que ha llevado a que se convierta actualmente en el pilar central de la protección de los Derechos humanos de Tercera generación en Colombia, adquiriendo de esta manera una marcada importancia, la cual se manifiesta en el éxito que ha tenido en la protección de los derechos e intereses colectivos con trascendentales fallos, como en la facilidad para ejercitarla y en la tendencia que existe durante los últimos años hacia lo colectivo, superando la corriente individualista de hace un tiempo.

Sin embargo en los últimos años se viene escuchando opiniones en el sentido de que la acción popular no ha cumplido con el objetivo para la cual fue creada, las cuales en su mayoría provienen del Gobierno Nacional, quienes contrario a lo anteriormente dicho consideran que el uso de estas acciones se ha disparado congestionando los despachos judiciales, debido a que en su mayoría las personas recurren a la acción popular no tanto por su preocupación por el bien común y por garantizar la protección de los derechos colectivos, sino para obtener el pago de un incentivo económico,¹ el cual se sitúa entre 10 y 150 salarios mínimos mensuales por cada caso ganado, desvirtuando de esta manera la verdadera finalidad de esta clase de acciones, toda vez que muchos abogados litigantes prácticamente se han convertido en una especie de caza recompensas,

¹ “El incentivo conforme su significado gramatical corresponde a algo que se mueve o excita a desear o hacer una cosa. Así, en materia de acción popular el incentivo es una recompensa o premio, constitutivo en el pago de una suma de dinero que tiene por finalidad estimular la protección y defensa de los intereses colectivos a través de esta acción constitucional, así también lo contempla la jurisprudencia constitucional cuando estudia la legitimidad de las acciones populares”. Corte Constitucional, sentencia C-377 del 14 de Mayo de 2.002. Expediente: D-3774. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

que lo único que parecen perseguir es enriquecerse demandando las mas mínimas irregularidades de las autoridades en cuestión de derechos colectivos.

Con fundamento en lo antes descrito se puede afirmar que dentro de las acciones populares uno de los puntos que mas ha suscitado controversia es precisamente el reconocimiento del incentivo económico a favor del actor popular, es así como actualmente existen posiciones divergentes al respecto, algunas de ellas en pro de la supresión del incentivo, pues como ya lo dije, hay quienes consideran que este incentivo ha distorsionado la naturaleza de la acción popular, argumentando que su uso no estaría motivado por razones altruistas, sino solamente por intereses egoístas y otras en pro de su mantenimiento, pues consideran que si bien su ejercicio debe orientarse a la protección efectiva de derechos e intereses colectivos para que cese su vulneración, ello no se opone a que la ley haya establecido una compensación a favor de quienes la promueven, siempre y cuando la interposición de estas acciones persigan finalidades legítimas y se ejerzan de manera racional y proporcional.

De igual manera, el reconocimiento del incentivo económico ha sido el punto neurálgico también al interior del consejo de estado y de los diferentes tribunales administrativos del país, donde aun no existe una posición unánime al respecto, es así como algunos despachos, en ocasiones han negado dicho reconocimiento señalando que el mismo solo es posible cuando el proceso haya terminado con sentencia estimatoria de las pretensiones y que por tanto no hay lugar a reconocerlo cuando el proceso termina con pacto de cumplimiento; otras veces se ha dispuesto el reconocimiento del incentivo bajo la consideración esencial de que la acción haya sido determinante para que cese la amenaza o violación de los derechos colectivos, observándose de esta manera que es necesario fijar criterios claros y precisos, que permitan determinar en que eventos es procedente o no reconocer dicho incentivo.

En este orden de ideas me atrevo a considerar que lo antes esbozado quizás se deba a que la ley 472 no es lo suficientemente clara, toda vez que de la lectura de los artículos 34 y 39 de dicha ley, que se refieren al tema del reconocimiento del incentivo a favor del actor popular, se pueden identificar diferencias conceptuales que dan pie o propician diversas posibilidades interpretativas que han impedido identificar su verdadero sentido, dando lugar de esta manera a diversos enfoques y pronunciamientos dentro de una misma corporación, en detrimento de la coherencia y seguridad jurídica, que debe estar presente en toda practica judicial.

En este sentido 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”. Y por su parte el artículo 34, ibidem, prevé que “**la sentencia que acoja las pretensiones del demandante**” igualmente fijará el monto del incentivo para el actor popular.

Como apreciamos claramente, las anteriores normas dan pie a diversas interpretaciones, pues si nos apegamos al texto de la ley, el primer caso, es decir la primera disposición, indicaría que el reconocimiento del incentivo no esta condicionado a la forma como termine la acción popular, si por sentencia estimatoria de las pretensiones o por sentencia aprobatoria del pacto de cumplimiento. Por el contrario la segunda norma indicaría que solo hay lugar al incentivo en caso de dictarse sentencia estimatoria, no así en tratándose de sentencia aprobatoria de un pacto de cumplimiento, presentándose de esta guisa una clara dificultad de interpretación entra estas dos disposiciones, prueba de ello es que al interior de las diferentes secciones del Consejo de Estado actualmente no existe una posición unánime al respecto.

Con fundamento en lo antes expuesto, estimo que el reconocimiento del incentivo económico a favor del actor popular y mas específicamente en los casos en que el proceso termina mediante sentencia aprobatoria de Pacto de Cumplimiento ha sido y es, sin lugar a dudas uno de los aspectos mas álgidos y que mas controversia ha generado dentro de la figura jurídica de las acciones populares, motivo que me ha impulsado a abordar el estudio del tema, con el objetivo principal de analizar los diferentes enfoques o interpretaciones que el Consejo de Estado y los despachos judiciales que conocen de las acciones populares, le vienen dando al tema del reconocimiento del incentivo económico a favor del actor popular, de manera especifica en los casos en que el tramite de la acción popular termina con sentencia aprobatoria del pacto de cumplimiento.

De otro lado, en esta primera parte del trabajo vale la pena mencionar que el presente ensayo es producto de un trabajo de investigación en el cual participaron estudiantes de pregrado y postgrado del programa de derecho, de la Universidad de Nariño, en el marco del proyecto de investigación denominado "Observatorio de Justicia en Nariño" realizado durante el año 2007, cuyo principal propósito es observar la forma como se administra justicia en esta región, cuales son las escuelas de interpretación del derecho en que se apoyan los jueces, cuales son los fundamentos jurídicos que invocan los jueces y en fin cuales son las tendencias de los fallos de los jueces en el departamento de Nariño.

Para el desarrollo de este proyecto de investigación se conformaron diferentes grupos de investigación en las diferentes áreas del derecho, en nuestro caso particular participamos en el subgrupo de derecho Administrativo, dentro del cual se inicio por adelantar un trabajo de campo, consistente en analizar todas las decisiones proferidas por el Tribunal Administrativo de Nariño, revisando cada estudiante alrededor de 27 expedientes y vaciando la información obtenida en una ficha técnica previamente diseñada para el efecto; cabe mencionar que el Observatorio de Justicia de Nariño, nos brindo la posibilidad de acceder a los diferentes expedientes que reposan en los archivos del Tribunal Administrativo de Nariño

Fue así, como producto de la información recogida en el análisis de expedientes se lograron identificar varios temas cuyo manejo no era claro por parte de las diferentes salas de decisión del tribunal. De esta manera en desarrollo del trabajo de campo personalmente constate una vez mas que en materia de las acciones populares, cuyos fallos igualmente fueron objeto de nuestro análisis, existe un punto controversial respecto al reconocimiento del incentivo económico a favor del actor popular, cuando el tramite de la acción termina no con sentencia de merito sino con sentencia aprobatoria de pacto de cumplimiento, situación que es de común ocurrencia, lo que definitivamente nos impulso aun mucho mas en escogerlo como tema para desarrollar nuestro trabajo de grado.

En tal sentido, teniendo en cuenta lo antes expuesto y sin la pretensión de dilucidar todos los cuestionamientos que origina este aspecto, pretendo abordar el estudio del mismo, partiendo del siguiente problema jurídico: **¿es procedente el reconocimiento del incentivo económico a favor del actor popular, cuando el proceso termina con sentencia aprobatoria de pacto de cumplimiento?**

De igual manera, a efecto de suministrar una respuesta al interrogante planteado, se estudiara y analizara las dos posiciones o tesis que existen al respecto al interior del Consejo de Estado, para finalmente avalar la tesis amplia, que establece que hay lugar a reconocer el incentivo económico a favor del actor popular aun en el evento en que el tramite del proceso termine mediante sentencia aprobatoria de pacto de cumplimiento, esto debido esencialmente a que independientemente de la forma como termine el proceso, lo realmente trascendental es que el restablecimiento del derecho o derechos conculcados se produjo con ocasión de la intervención del actor popular.

En este orden de ideas, la hipótesis planteada espero demostrarla siguiendo para ello el siguiente plan de trabajo: en la primera parte de este análisis haremos una breve descripción histórica en la cual se examinaran los principales antecedentes de la acciones populares en el derecho romano y en segundo lugar se estudiaran los antecedentes normativos en Colombia de esta acciones, especialmente lo atinente a las acciones consagradas en el Código Civil de Andres Bello. En la segunda parte del trabajo haremos una revisión de las dos líneas jurisprudenciales existentes al interior del Consejo de Estado en torno a la procedencia del incentivo económico cuando el proceso termina con sentencia aprobatoria del pacto de cumplimiento, revisión que espero complementar con la realización de un análisis o recorrido jurisprudencial de los fallos del Tribunal Administrativo de Nariño durante los últimos 7 años (2001 – 2007), para determinar cual es la tendencia que se esta adoptando por parte de esta corporación.

1. EL INCENTIVO ECONÓMICO EN LAS ACCIONES POPULARES

1.1 ANTECEDENTES DE LAS ACCIONES POPULARES

El origen de las acciones populares se remonta al Derecho Romano y al antiguo Derecho Inglés, donde se crearon como expresión de equidad, para defender los derechos de un gran número de personas afectadas por una misma causa, lo cual indica que se trata de una institución Jurídica antigua la cual sin embargo vino a cobrar una mayor importancia con el desarrollo en el mundo jurídico de la noción de derecho colectivo.

Examinando la historia, efectivamente encontramos que las acciones populares tienen dos remotos comienzos. Uno en el Derecho Inglés, concretamente en las “equity courts” donde la equidad prevalecía sobre las leyes y sus formalidades. Y otro en el Derecho Romano, del cual proceden las acciones populares que localizamos en nuestro derecho civil, motivo por el cual en el presente trabajo solo me referiré a este último:

1.1.1 Antecedentes en el derecho romano. El Derecho romano fue uno de los sistemas jurídicos más avanzados de la antigüedad, prueba de ello es su influencia hasta nuestros días. La mayor parte de nuestro ordenamiento civil también tuvo como base el derecho Romano, en el cual encontró sus fuentes Don Andrés Bello, autor del Código Civil colombiano.

En el Derecho Romano existían dos vías de carácter popular: los interdictos populares y las acciones populares, propiamente dichas. Los interdictos cronológicamente son más antiguos que las acciones populares. Surgen de la necesidad de defender la “res sacra” y la “res Publicae” frente a la ineficiencia de las acciones procesales ordinarias, de creación legal, dado el formalismo y el rigorismo de tales procedimientos.

Los interdictos y las acciones populares a pesar de ser dos instituciones jurídicas diferentes tenían gran similitud, teniendo en cuenta el bien perseguido.

El interdicto popular procuraba la defensa del interés particular a través del restablecimiento del interés común vulnerado. Las acciones populares en cambio ofrecían una perspectiva más individual ya que se presentaba el fenómeno de la tutela del interés privado mediante el interés común, siendo posible que se causara una multa o indemnización adicional, que iba a parar en unos casos al estado y en otros al actor, veamos entonces cada una de ellas

1.1.1.1 Interdictos populares. Los interdictos eran las decisiones del pretor, quien al momento de dirimir el conflicto, emitía una orden que debía ser cumplida por quien resultaba derrotado en el conflicto. Eugene Petit, explica el origen de los interdictos así:

Al lado de los derechos consagrados por las leyes y las costumbres, cuya violación permitía a los particulares ejercitar una acción, había otras relaciones que no tenían el carácter preciso de un derecho, librándose de una reglamentación general; pero no por eso merecían menor atención del magistrado y naturalmente necesitaban su intervención en caso de desavenencia. Tales eran diversos intereses de derecho publico o divino, como la protección contra toda defensa o usurpación de cosas publicas o sagradas, de templos, plazas, caminos y ríos².

Durante su práctica, el pretor fue precisando las condiciones para cada caso en concreto, hasta que finalmente se publico un edicto que contenía los casos que daban lugar a un interdicto

Dentro de los interdictos populares cabe resaltar el llamado “utilitae publicae causa”, se dividían en interdictos generales y especiales. Los primeros se referían a todos los lugares públicos y los segundos a ciertos lugares públicos. Los interdictos especiales “utilitae publicae causa”, fueron de muy variada naturaleza: cabe resaltar los interdictos de “fluminibuset rivis” el relativo al mar y su litoral; los interdictos que protegían el uso de los lagos, lagunas, presas y estanques públicos, el protector de acueductos; los interdictos concedidos con el fin de evitar obras ilícitas en las cloacas publicas. Eran verdaderas acciones de protección ecológica y de interés colectivos que cualquiera envidiaría en nuestra legislación moderna.

1.1.1.2 Acciones populares romanas. Las llamadas acciones populares (“actio populares” y también “actio publica”) eran formulas procesales honorarias y edilicas de las cuales se podía valer cualquier ciudadano para exigir el pago de una pena pecuniaria de aquel que fuera responsable de un hecho dañoso para el interés publico. No se sabe si las acciones de este género se hallaban ya reconocidas ante las leyes. Distintas de estas, las únicas que en las fuentes se llaman acciones populares, eran, desde luego las reconocidas muchas veces en las leyes romanas y mediante las cuales cualquier ciudadano que quisiese podía hacer efectivas las penas pecuniarias establecidas a favor del estado o municipio (llamadas acciones populares procuratorias) ya que no concedían ningún derecho propio al demandante, sino únicamente a veces un premio para sus esfuerzos.

² PETIT, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. México: Nacional S. A., 1949. p.60.

En general, se puede afirmar que las acciones populares se utilizaban para defender el interés particular y propio, como miembro de la comunidad a la que pertenecía, buscando además, mediante su ejercicio una ventaja económica. Existían entonces tres elementos claramente establecidos: (1), el interés público, base de la acción, (2) el interés privado del actor, el cual estaba parcialmente integrado por la recompensa que buscaba; y finalmente, (3) la recompensa. En cuanto al procedimiento, los elementos del proceso se fijaban en la “litis contestatio”. La fórmula designaba a las partes entre las cuales se creaba la nueva obligación, y el juez que debía resolver por medio de la sentencia. Luego de este momento, sus nombres ya no podían ser modificados y de esta manera la acción popular que inicialmente estaba abierta para todos, luego de la “litis contestatio” se convierte en exclusiva propiedad de quien la había intentado.

Respecto de los efectos de cosa juzgada, hay que señalar su carácter “erga omnes”. Por los mismos hechos la acción no podía ser intentada por otra persona que pretendiera la calidad de actor popular. Terminado el proceso, cabía la excepción de cosa juzgada.

Dado su contenido económico las acciones populares originadas en las leyes y senado consultos, siempre dieron lugar a una multa, pena o indemnización. La pena multa o indemnización a favor del estado y de los particulares, siempre se hacía efectiva mediante procedimientos civiles.

En el Derecho Romano se conoció una gran variedad de acciones populares, llamadas algunas veces interdictos, otras acciones populares propiamente dichas a través de las cuales se defendieron valores jurídicos de trascendencia colectiva: los bienes sagrados y necesarios para el culto religioso, las vías y caminos públicos, el mar, los ríos, la moralidad pública y hasta la libertad individual.

Dentro de las acciones populares clasificadas por el romanista Lozano y Corbi³, se observa que la mayoría de estas guardan gran similitud con las que se encuentran en nuestro código civil.

- ✓ La “actio deefussis et deiectis” estaba instituida para garantizar la seguridad de las calles de la ciudad. El pretor otorgaba esta acción en contra de quienes derraman o arrojan líquidos o sólidos causando daños a las cosas, o herida o muerte a un hombre libre.
- ✓ La “actio de possetis et suspensis” se concedía a quienes suspendieran o colgaran objetos fuera de las casas habitadas por ellos, con el consiguiente peligro de que pudieran caer a la vía pública sobre los transeúntes. Esta acción no buscaba la reparación de un daño realizado, sino la prevención del daño

³ SARMIENTO PALACIO, German. Las acciones populares en el Derecho Privado Colombiano. Bogotá: s.n. 2009. p 80.

eventual o contingente, tal como sucede con la acción consagrada en el artículo 2359 del código civil colombiano, que se estudiara mas adelante.

- ✓ La “actio edilicia de fieris” fue consagrada con el fin de prohibir la tenencia de animales peligrosos en sitios públicos, para garantizar la tranquilidad y seguridad de los transeúntes.

Finalmente vale la pena resaltar que las acciones populares constituían una herramienta jurídica mediante la cual, de una parte, se podían proteger los intereses colectivos contra hechos y conductas que afectaran al “populus” como tal, y de otra, se podían defender intereses particulares y propios.

Así mismo, las acciones populares originadas en las leyes y senado consultos, dieron siempre lugar a una multa, pena o indemnización, esta tenía como finalidad la de incentivar entre los romanos, el cuidado de las cosas publicas. Según el Romanista Lozano y Corbi, el hecho que el premio beneficiara al actor o al estado no le quita popularidad a la acción. Estaba abierta a todos los del “populus” en defensa tanto del interés del actor como del mismo “populus”.

De acuerdo a lo antes esbozado, sobre las acciones populares romanas, podemos concluir que todos los anteriores elementos y características formados en el derecho romano, son los antecedentes normativos de esta figura en Colombia y por este motivo encontramos en los dos ordenamientos similitudes en la estructura y alcances de esta institución. En este orden de ideas, acto seguido pasamos a referirnos a los citados antecedentes de las acciones populares en Colombia, tratando en lo posible de enfatizar en los antecedentes de la figura del incentivo económico.

1.2 ANTECEDENTES NORMATIVOS DE LAS ACCIONES POPULARES EN COLOMBIA

En primer termino, vale la pena anotar que contrario a lo que la mayoría piensa la Acción popular no es una figura procesal extraña ni ajena a las instituciones jurídicas colombianas, toda vez que las acciones populares no se inician en Colombia con la consagración de ley 472 de 1998, sino que su inicio se produce con la expedición del Código Civil Colombiano de 1887, cuando don Andrés Bello, basado en las instituciones romanas, redacta los artículos 1005 y 2359 del estatuto en mención. Igualmente en otras normas se encuentran consagradas otras acciones populares, como las establecidas en la ley 9 de 1989, decreto 2303 de 1989, ley 99 de 1993, entre otras.

Efectivamente en nuestro Código Civil se encuentran dos artículos que constituyen el origen normativo de las acciones populares ellos son el artículo 1005 y el 2359.

El primero se refiere a la acción popular a favor o para la protección de los bienes de uso público y el segundo a la acción popular de daño contingente.

Es de aclarar que estas dos disposiciones no son las únicas que atañen a este tema, pues existen otros artículos que podrían de alguna forma conllevar acciones populares; es el caso de los artículos 91, 2355, 992, 994 y otros que desarrollan los artículos principales (1005 y 2359) del Código Civil.

Por su parte, el artículo 1005 del Código Civil, que consagra la acción popular denominada por la doctrina “a favor de los bienes de uso público y de los usuarios” señala literalmente que “la municipalidad y cualquier persona del pueblo tendrá a favor de los caminos, *plazas u otros lugares de uso público, y para la seguridad de los que transiten 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 costa del querellado, con una suma que no baje de la décima, ni exceda de la tercer parte de lo que cuesta 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”.

Del texto de este artículo se desprende que se trata de un mecanismo previsto tanto para la defensa de los bienes de uso público, como para proteger la seguridad de los usuarios de ellos, y que este tipo de acción popular está adjudicada a cualquier persona del pueblo o de la municipalidad, lo cual denota el carácter popular de la misma. Esta acción puede dirigirse contra cualquier persona que cause un daño al bien de uso público. Por tanto, su finalidad es la defensa de los bienes de uso público y de los usuarios de los mismos.

Otra característica esencial de la acción consagrada en este artículo, es la recompensa otorgada a aquel que interpone la acción como un incentivo para la protección del bien común, sin la cual posiblemente ningún ciudadano estaría dispuesto a impetrarla. Del artículo también se colige que al actor tendrá las acciones que tienen los dueños para proteger sus propiedades, es decir, las acciones reales y posesorias.

Por otra parte, el artículo 2359 del Código Civil, contempla la acción popular que tiene por objeto evitar el daño contingente que amenace a personas indeterminadas. Si bien, esta norma no contempla recompensa alguna en favor del actor, el artículo 2360 determina que “*si las acciones populares a que dan derecho los artículos precedentes, se declararen fundadas, será el actor indemnizado de todas las costas de la acción, y se le pagarán lo que valgan el tiempo y la diligencia empleados en ella, sin perjuicio de la remuneración específica que conceda la ley en casos determinados.*”

Así mismo, respecto a la naturaleza jurídica de las acciones populares consagradas en los citados artículos del Código Civil cabe resaltar que en el artículo 1005 de nuestro código Civil se fusionan las antiguas acciones populares previstas en el edicto del pretor, conocida bajo los nombres de *depositi et sispensi*, y el interdicto popular para la protección de las vías públicas. Esta norma del Código Civil no se limita a proteger las plazas y los caminos, como lo hacía el interdicto romano, sino que extiende la función de la acción a la seguridad de las personas que por ellos transitaban, tal como ocurría con la acción señalada en el edicto del pretor.

Hasta este punto tendríamos una acción popular que protege las cosas públicas y la seguridad de las personas que las transitan, sin embargo, si nos detenemos en la acción popular prevista por nuestro Código Civil en el artículo 2359, encontramos, ya desde mediados del siglo XIX, y gracias a Andrés Bello, una concepción de acción popular que no se circunscribía a que el particular tomara la posición de representante del estado, para corregirlo o suplirlo. Esta acción popular para evitar el daño contingente de un número indeterminado de personas, no está circunscrita al estado, a la nación, ni a ningún ente territorial; la integración del "colectivo" está abierta a cualquier posibilidad, con lo cual se verifica lo manifestado por VIGORITTI⁴, en el sentido en que los intereses colectivos son dimensiones de las situaciones subjetivas, a veces públicas, a veces privadas.

Esta forma como fueron incorporadas las acciones populares en nuestro Código Civil nos pone de presente que se les concibió con una doble finalidad: la Primera como mecanismo para la protección de los lugares públicos y la seguridad de las personas que transitan por ellos y la Segunda de ellas originada en la acción popular para la prevención del daño contingente, como mecanismo de protección de intereses colectivos, no necesariamente públicos; circunstancia que le dio una mayor dimensión a la acción popular en nuestro país, que la que puede tener en otros países.

Teniendo en cuenta los anteriores planteamientos, desde ya es posible mencionar que esta función colectiva y pública es una característica propia de nuestra acción popular, si la comparamos con las acciones populares existentes en otros ordenamientos, como el italiano, el cual ve en las acciones populares, fundamentalmente, una función pública.

Para concluir con este capítulo y de acuerdo a lo consignado anteriormente, vale la pena realizar unas reflexiones finales, concretamente acerca del tema específico que nos ocupa como es el incentivo económico:

-Se tiene que la figura del incentivo económico al igual que las acciones populares, no son figuras de reciente consagración legal, pues como vemos su

⁴ VICENZO, Vigoritti. *Interessi Collettivi e processo*. Milán: s.n., 1979. p. 36.

origen se remonta a los tiempos del Derecho Romano y al Código Civil de Andrés Bello.

Observamos que la recompensa en el Derecho Romano y en el Código Civil de Bello, fue consagrada con el animo de incentivar en los ciudadanos la defensa de los intereses colectivos, representados en los bienes de uso público.

De igual manera observamos que la figura del incentivo económico fue una de las principales características de la acción popular del Código Civil de 1887, la cual se mantiene hasta nuestros días.

Atendiendo los anteriores antecedentes normativos ya descritos, se concluye que la figura de la recompensa o incentivo económico fue parte fundamental de las acciones populares romanas, ya desde ese entonces se reconoció la necesidad de establecer una "gratificación" para quienes abandonando su egoísmo, propendían por la defensa de bienes que claramente pertenecían y beneficiaban a toda la comunidad.

Por último, después de realizar un somero recorrido histórico por la figura de la acción popular y del cual considero debe quedar la idea central de dejar sentado el precedente de que el incentivo económico reconocido al actor popular, no fue un simple capricho del legislador, sino que la consagración de este elemento obedece a un proceso histórico que lo ha convertido en un elemento de la esencia de este tipo de acciones, pasamos a realizar un recorrido por la Jurisprudencia Nacional y Local en torno a este controversial punto.

2. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DEL CONSEJO DE ESTADO EN RELACION AL TEMA

En este segundo capítulo del ensayo, considero que resulta pertinente y necesario analizar la Jurisprudencia del Consejo de Estado existente en torno a la figura del incentivo, en la medida en que dicho análisis permitirá en primer lugar intentar dar una respuesta satisfactoria y debidamente soportada al problema jurídico planteado en la parte introductoria del presente trabajo, sobre si hay lugar al reconocimiento del incentivo a favor del actor popular cuando el proceso termina con sentencia aprobatoria de pacto de cumplimiento, y en segundo lugar para tratar de aportar elementos que contribuyan a una mejor interpretación de la ley, que por su novedad ha tenido poco desarrollo doctrinal y jurisprudencial.

De igual manera, en este segundo capítulo como ya lo anotaba en la parte inicial del trabajo, tratare de elaborar la línea Jurisprudencial⁵ que sobre la procedencia del incentivo económico, cuando el proceso termina con sentencia aprobatoria del pacto de cumplimiento ha fijado en sus fallos el Consejo de Estado, para de acuerdo con esto determinar si existe o no en relación con el problema jurídico planteado un precedente judicial⁶, el cual actualmente es en un presupuesto necesario para garantizar la seguridad jurídica, postulado que permite la estabilidad de la actividad judicial.

Iniciando este análisis jurisprudencial, de entrada es conveniente reiterar que aun no hay una postura unánime al interior del Consejo de Estado, respecto a si es procedente el reconocimiento del incentivo a favor del actor popular cuando el proceso termina mediante sentencia aprobatoria de pacto de cumplimiento, toda vez que esta alta corporación a través de sus distintas secciones frente a este punto ha adoptado decisiones divergentes y contradictorias, que hacen imposible que pueda hablarse de un verdadero precedente.

Así mismo cabe indicar que todas las sentencias estudiadas, poseen un patrón factico similar, el cual es que en su trámite se presentó la celebración del pacto de cumplimiento y a consecuencia de ello, el proceso termina con sentencia

⁵ La línea Jurisprudencial, “es un espacio abierto con todas las posibles respuestas a la pregunta planteada, es una estrategia conveniente para graficar las soluciones que la jurisprudencia ha dado al problema y para reconocer, si existe, un patrón de desarrollo decisional”. D. López Medina. El Derecho de los Jueces, Bogota D. C., legis, 2ª Edición 2006, Pág. 141.

⁶ Precedente judicial. “Lo entendemos como un numero específico de decisiones en un mismo sentido que conforma una posición jurídica frente a un tema y que tiene efecto vinculante para los jueces de la republica, siendo por lo tanto un concepto eminentemente cualitativo. Se vislumbra como precedente cuando las sentencias contienen en su parte motiva un criterio claro y contundente que servirá de guía a los administradores de justicia para que decidan de conformidad en los casos que traten el mismo problema.” (Documento: “Obligatoriedad del Precedente jurisprudencial en el sistema Jurídico Colombiano” Autor: Dr. Eduardo Pilonieta Pinilla.)

aprobatoria del mismo, oportunidad en la cual le corresponde al juez decidir sobre la procedencia de la fijación del incentivo económico para el actor popular.

En tal virtud, observamos que al interior del Consejo de Estado se han venido manejando dos posiciones jurisprudenciales disímiles al respecto, razón que me ha llevado a efectuar este análisis desde las dos posiciones o tesis. En efecto existen dos tesis: Una restrictiva, que plantea que el reconocimiento del incentivo económico a favor del actor popular solo es procedente cuando hay sentencia de merito que acoja las pretensiones de la demanda, es decir cuando se surtan todas las etapas procesales y la tesis amplia que señala que aun en el evento en que el proceso termine con sentencia aprobatoria del pacto de cumplimiento es procedente reconocer el incentivo económico.

En este orden de ideas, a continuación procederé a realizar un recorrido por los pronunciamientos mas significativos que acogen cada una de las dos posturas descritas anteriormente, señalando en algunos casos sus argumentos centrales, e identificando dentro de los mismos, los pronunciamientos fundantes o sentencias hito, y en otros casos solo me limitare a relacionar aquellos pronunciamientos reiterativos.

PRIMERA POSICION: TESIS AMPLIA: Sentencias que consideran que el reconocimiento del incentivo procede aun en los eventos en los que la acción popular termina por pacto de cumplimiento.

(1) La sentencia fundadora de línea que se identifico dentro de la tesis amplia es la sentencia AP- 007 de Diciembre dos (2) de 1999 proferida por el CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO **SECCIÓN TERCERA**, Expediente AP-007, con ponencia del Consejero: Dr. Jesús María Carrillo Ballesteros. Los argumentos que plantea esta providencia son los siguientes:

La Ley 472 previó en su artículo 39 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. (...)”.

La ley 472 en su artículo 39 no condiciono el reconocimiento del incentivo, a ninguna circunstancia.

En este fallo se prevé que el propósito del legislador al crear este tipo de incentivo es el “reconocimiento a la labor desarrollada por las personas que demanden mediante la acción popular, como quiera que esta persigue la protección de la colectividad, y en ese sentido alienta la actuación y celo del particular interesado”.

Volviendo a la Ley 472, su artículo 27 dispuso el procedimiento para llevar a cabo el pacto de cumplimiento, da al juez la facultad de revisar el pacto de

cumplimiento, y determina que dicha revisión deberá adoptarse mediante sentencia.

No es atendible pensar que al otorgársele por la norma esa facultad revisora, se haya limitado la función del juez únicamente a ello, y que por tanto haya perdido las demás facultades que por ley tiene como funcionario judicial.

El pacto se equipara a una conciliación o arreglo directo; de cualquier manera, en él se manifiesta la voluntad de las partes respecto del objeto.

Pero judicialmente, a un acuerdo se llega respecto de pretensiones demandadas, y precisamente son éstas la base de aquél. Esto es, no podría formalizarse un acuerdo si no hay una demanda en disputa, en la cual se debaten los intereses del demandante, quien puede llegar a conciliarlos o no, dependiendo de la satisfacción que de esos intereses reciba del acuerdo.

El incentivo implica un reconocimiento económico a una labor diligente, oportuna y permanente del demandante. En este caso, el procedimiento previsto por la ley no se cumplió en su totalidad, por cuanto en la audiencia especial se hizo un pacto entre las partes; pero eso no implica que la labor del demandante haya sido menos diligente, pues su actuación en esa audiencia fue necesaria para esa conciliación.

(2) Sentencia AP 069 de 2000, es reiterada por la AP-108 de 2000 y la AP-142 de 2001 entre otras. Tiene un argumento muy importante para la posición garantista: el incentivo es un derecho.

“Al respecto debe tenerse en cuenta, además, que el hecho que la sentencia haya sido proferida “de manera anticipada”, por haber sido aprobado el pacto de cumplimiento, en manera alguna quiere decir que el demandante pierda el derecho, significa alo sumo, que el juez pueda reconocer un incentivo menor al que hubiera podido ordenar si se hubiera dictado una sentencia favorable a las pretensiones del actor, pero jamás que pierda dicho derecho.”

(3) Sobre la naturaleza del incentivo y su objetivo la Sentencia AP 120 – 00 destaca:

“Entonces, lo perseguido por la ley, al incentivar a los demandantes en las acciones populares, es buscar que el mismo demandante o las demás personas naturales o jurídicas ejerzan esa herramienta jurídica, atraídas por el estímulo, pues ello contribuirá a que se haga efectiva la protección de los derechos e intereses de la colectividad, que en últimas es la finalidad del artículo 88 de la C. P., al establecer tales acciones.

De otro lado, se reitera que el incentivo económico esta establecido por el legislador no como un castigo para la parte demandada sino que precisamente es un pequeño estímulo que se le otorga a la parte actora para compensar las labores efectuadas desde el instante en que acaecieron los hechos, hasta la culminación del proceso iniciado en procura de la defensa del derecho colectivo. Se advierte que dicho incentivo no busca resarcir perjuicios, sino estimular el ejercicio de esta acción en defensa de los derechos colectivos.”

(4) SENTENCIA DEL 1 DE MARZO DE 2001, Consejo de Estado, **SECCION TERCERA**, RADICACION No 15001-23-31-000-1999-2571-01 (AP-021). C. P.

Alier Eduardo Hernández. En este pronunciamiento la sección 3ª estima que así termine la acción popular mediante la aprobación del pacto de cumplimiento, debe reconocerse el incentivo, y además aclara que el incentivo implica un reconocimiento económico a la labor diligente del actor.

Sobre el particular la sección 3ª del Consejo de Estado reitera lo dicho en Sentencia AP 007 del 2 de diciembre de 1999 y agrega además que “debe anotarse que el incentivo pretende, por una parte, aliviar los gastos propios en que puede incurrir un demandante en cualquier proceso, por otra, premiar a quien emprende una acción eficiente para que los derechos colectivos cobren vigor, y finalmente, animar al actor a hacer frente a una contraparte que en muchas oportunidades será económicamente poderosa y dispondrá de todos los recursos necesarios para enfrentar la relación procesal”

(5) SENTENCIA DEL 8 DE JUNIO DE 2001. Consejo de Estado, **SECCION 4ª**. RADICACION No AP – 026. C. P. LIGIA LOPEZ DIAZ.

Respecto a este pronunciamiento podemos decir que el mismo precisa y consolida la línea jurisprudencial a favor del reconocimiento del incentivo, toda vez que presenta argumentos más claros, precisos y más convincentes acerca de la conveniencia de su reconocimiento. Al respecto el fallo expresa:

“El art. 39 de la ley 472 de 1998 no señala como condición para el reconocimiento del incentivo que se haya tramitado en integridad el respectivo proceso, lo que lleva a la Sala a entender que también en el evento de aprobar el pacto de cumplimiento mediante sentencia, tiene el demandante derecho a que se le reconozca el incentivo, pues de tal Pacto, se infiere que era necesaria la protección de los derechos e intereses colectivos. (.....)

(.....) “este reconocimiento procede cuando se dicta la sentencia aprobatoria del Pacto de Cumplimiento o, la que pone fin al proceso. Sería contrariar los principios de celeridad y de equidad negar el incentivo por terminación anticipada del proceso. Por el contrario, es precedente y constituye una invitación a agilizar el cumplimiento de las normas. (...)

De otra parte, estima la Sala que del material probatorio allegado al expediente se puede evidenciar la labor diligente, oportuna y permanente del demandante para demostrar los hechos perturbadores o vulneradores del derecho colectivo, pues de no ser así no se habría llegado a la audiencia de Pacto de Cumplimiento, la cual dio como resultado el beneficio para la colectividad”.

(6) SENTENCIA DEL 21 DE SEPTIEMBRE DE 2001. **SECCION CUARTA**, RADICACION No 2260-01 (AP-180). C. P. LIGIA LOPEZ DIAZ.

Se trata de una sentencia confirmadora de principio, es decir es un fallo reiterativo, el cual destaca que la ley no hace distinción alguna en relación con la forma en que el proceso haya terminado, para el reconocimiento del incentivo en una acción popular. Así mismo esta sentencia cita otro fallo pronunciado por la misma sección, expediente 0290 del 1º de Julio de 2001, M. P. Dra. Maria Inés Barbosa.

(7) SENTENCIA DEL 27 DE SEPTIEMBRE DE 2001- SENTENCIA AP-(303) de 27 de septiembre de 2001, **Sección Quinta**

En esta oportunidad se estimo que “Para el reconocimiento del incentivo, la norma no establece distinciones en relación con la forma en que el proceso concluya, esto es, no lo condiciona a que la sentencia acoja las pretensiones del actor; por el contrario, fue previsto como un estímulo económico a la participación ciudadana en defensa de los derechos e intereses colectivos y una compensación a la labor de las personas que acuden a esta acción en beneficio, no individual, sino de una colectividad.”

Así mismo en este fallo se agrega que, el derecho al incentivo no surge por voluntad de las partes ni está sometido a la liberalidad del juez, pues surge del mandato legal, y además que el actor popular puede renunciar al incentivo económico, pues, el mismo sólo mira al interés individual del renunciante y no está prohibida tal renuncia.

(8) SENTENCIA AP – 0353 DEL 24 DE ENERO DE 2002, SECCION 3. En esta sentencia la sala reitera que a pesar de ser cierto que las acciones populares no tienen por objeto la satisfacción de ningún beneficio pecuniario sino "la protección efectiva de derechos e intereses colectivos, de manera que se hagan cesar los efectos de su resquebrajamiento" y que el sólo interés de solidaridad es el que debe motivar a los ciudadanos a interponerlas, también lo es que la ley ha 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.

Sin embargo se aclara que para que surja el derecho del actor a recibir el incentivo no sólo debe haberse producido una violación del derecho colectivo imputable a la entidad obligada a su protección, bien por acción o por omisión sino

que además debe verificarse que dicha protección se obtuvo gracias a la intervención del actor.

(9) SENTENCIA DE MARZO 5 DE 2004. RAD: (AP – 00014). C. P. RAMIRO SAAVEDRA BECERRA.

Esta sentencia expreso que 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, sin establecer la Ley 472 de 1.998 limitación alguna para su otorgamiento, cuando el objetivo de la acción se logre mediante pacto de cumplimiento; para ello precisamente el legislador estableció una graduación de su monto: entre 10 y 150 salarios mínimos, según la actividad desplegada por parte del actor y que lleve efectivamente a la protección de un derecho o interés colectivo; es decir, que esa actuación del accionante sea determinante y eficaz para el reconocimiento o protección del derecho.

De manera similar se pronuncio el consejo de estado en sentencia del 27 de Septiembre de 2001, Sección quinta y en sentencia AP – 01178 del 17 de Junio de 2003, sección 3ª, estimando que la norma no establece distinciones en relación con la forma como el proceso concluya, es decir que el reconocimiento del incentivo no esta condicionado a que las sentencia acoja las pretensiones del actor.

(10) SENTENCIA 0938-06 DEL 11 DE MAYO DE 2006

Este pronunciamiento destaca que la figura de la 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.

Igualmente en forma reiterada la sala considera que el incentivo procede a pesar de que la entidad demandada se allane a cumplir el deber demandado por el actor, en la primera oportunidad procesal, como lo es la realización del pacto de cumplimiento, que “no implica que la labor del demandante haya sido menos diligente, pues su actuación en esa audiencia fue necesaria para esa conciliación”.

(11) Finalmente la SENTENCIA DEL 9 DE NOVIEMBRE DE 2006. C. P. Dr. FILEMON JIMENEZ OCHOA. SECCION QUINTA. En este pronunciamiento se establece que el articulo 39 de la ley 472 de 1998 no prevé sobre la forma como se debe fijar el incentivo.

Al respecto ha dicho esta Sala: Esta Sala comparte el criterio sentado por la Corporación y en consecuencia considera que hay lugar a la fijación del incentivo no solo cuando el proceso termina con sentencia estimatoria y una vez culmine el incidente de liquidación de perjuicio (art. 307 C.P.C.), sino también cuando por sentencia es aprobado un pacto de cumplimiento celebrado entre las partes, porque lo que determina su existencia es precisamente la presencia de acciones u omisiones de derechos o intereses colectivos; e incluso estima la Sala que debe haber reconocimiento del incentivo aún en el evento de que la sentencia niegue las pretensiones de la demanda por haber cesado la vulneración del derecho o interés colectivo que la motivó y se demuestra que esa situación tiene lugar como consecuencia de la acción popular iniciada.

Como puede observarse al interior del Consejo de Estado existe una tendencia mayoritaria que se inclina por acoger la tesis amplia, tendencia que personalmente comparto, sin embargo de igual manera existen algunas secciones, principalmente la sección primera que defienden la posición restrictiva, la cual pasamos a analizar a continuación:

SEGUNDA POSICION. TESIS RESTRICTIVA: Sentencias que consideran que el reconocimiento del incentivo solo procede cuando el proceso haya terminado con sentencia estimatoria.

Al respecto se identificaron los siguientes pronunciamientos:

(1) SENTENCIAS AP-058 DEL 2000 Y AP-061 DEL 2000.

En estos pronunciamientos se señala que el pacto de cumplimiento es un arreglo directo y las partes son quienes deben introducir el tema del incentivo, en caso de no hacerlo, concluyen estas decisiones, no se puede condenar en torno al incentivo.

La argumentación central de estas sentencias es:

Como es sabido, el propósito del arreglo directo es el de permitir a los intervinientes en la litis proponer o aceptar acuerdos que serán consignados en el pacto de cumplimiento sobre las bases de equidad y de las disposiciones del ordenamiento jurídico, terminando con ello el proceso, no en virtud de una condena sino del libre arbitrio de las partes.

Mal haría el juez, entonces, en confundir las atribuciones legales que se le han conferido para dar por terminado el proceso, por acuerdo satisfactorio entre las partes. Sería una extralimitación de su competencia pretender radicar en cabeza de la parte demandada una carga económica que no fue reconocida, en el pacto de cumplimiento⁷.

⁷ Sentencia, AP 058 de 2.000.

(2) SENTENCIA DEL 15 DE MARZO DE 2001. EXPEDIENTE No 25000 – 23 - 25000-2000-0217-01. C. P. Dr. CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE.

En la referida sentencia, reiterada entre otras, en sentencia del 4 de abril de 2002, expediente AP- 9407; 6 de Febrero de 2003 y 27 de Noviembre de 2003, expedientes AP- 00962 y AP- 00355, C. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, la sección 1ª del consejo de estado ha precisado que el incentivo creado por el artículo 39 de la ley 472 de 1998 constituye un reconocimiento a la labor diligente desplegada por el demandante en defensa de los derechos colectivos, norma esta que debe analizarse armónicamente con el artículo 34, ibidem, que alude a que en la sentencia que acoja las pretensiones de la demanda se fijara el incentivo, lo que significa que solo hay lugar al mismo en caso de dictarse sentencia estimatoria y no en tratándose de la que aprueba el pacto de cumplimiento.

Así mismo podemos citar otros pronunciamientos en el igual sentido, donde se niega el reconocimiento del incentivo, basándose en los mismos argumentos arriba expuestos, ellos son:

- Sentencia del 24 de Agosto de 2000 (AP- 090)
- Sentencia del 27 de Julio de 2000, exp. AP – 061.
- Sentencia del 9 de Agosto de 2001, Sección 1ª Rad.: No0295-01
- Sentencia del 26 de Noviembre de 2004. Rda. 15001-2331, Sección 1ª.
- Sentencia del 10 de mayo de 2007; sección 1ª C.P. Gabriel Eduardo Mendoza M.

En síntesis y teniendo en cuenta el sentido de los anteriores pronunciamientos, podemos apreciar nítidamente que la posición jurisprudencial existente al interior del Consejo de Estado, no ha sido, ni es uniforme respecto al reconocimiento del incentivo económico cuando el proceso termina con la aprobación del pacto de cumplimiento, vemos que en ocasiones se ha negado dicho reconocimiento señalando que solo es posible cuando el proceso haya terminado con sentencia estimatoria de las pretensiones; otras veces se ha dispuesto el reconocimiento del incentivo bajo la consideración esencial de que la acción haya sido determinante para que cese la amenaza o violación de los derechos colectivos.

En este sentido con el fin de observar con mayor nitidez la ambivalencia en los pronunciamientos del Consejo de Estado, hemos elaborado la siguiente grafica de la línea jurisprudencial, en la que se puede observar en cada uno de sus extremos las dos tesis (Amplia y Restrictiva) que resuelven el problema jurídico planteado y las sentencias que se ocupan del caso y que son ubicadas del lado de la tesis que acogen, y en la que además se consignan todos y cada uno de los pronunciamientos analizados los que por ser meros fallos reiterativos no ameritaba entrar a detallar cada uno de ellos.

PROBLEMA JURIDICO: ¿Procede la fijación de incentivo económico a favor del actor popular cuando el proceso termina con sentencia aprobatoria de pacto de cumplimiento?			
TESIS AMPLIA	DISTRIBUCION ESPECIAL DE LAS SENTENCIAS SEGÚN LA TESIS QUE SUSTENTA		T. RESTRICTIVA
Es procedente fijar el incentivo a favor del actor popular aunque el proceso finalice por pacto de cumplimiento aprobado por sentencia.	AP-007/99 AP-104/00 AP-120/00 AP 110/00 AP-109/00 AP-080/01 AP-026/01 AP-110/01 AP-104/01 2001-0268 AP-152/01 AP-180/01 AP-197/01 AP-142/01 AP-195/01 AP-233/01 2001-0553 AP 308/01 AP 330/02 AP-324/02 AP-283/02 AP-727/02 AP-828/03 01178/03(AP) 01477/05(AP) 652/05 (AP) 02180/06(AP) 938/06-(AP) AP/104/00	AP 90/00 AP-061/00 AP-010/01 2000-0295/01 AP-164/01 2001- 0278/01(AP) 2004- 01360/01(AP) 2005-00732/07 (AP) 003- 00735/07(AP) 2005-5/07(AP)	El incentivo económico solo procede con sentencia estimatoria, no en sentencia que aprueba el pacto de cumplimiento.

Por ultimo para concluir con este capitulo, vale la pena realizar unas reflexiones finales en torno a la grafica de la línea jurisprudencial y en torno al análisis jurisprudencial del problema jurídico planteado, de la siguiente manera:

- La citada grafica nos permite identificar claramente la existencia de dos tendencias decisionales eminentemente contradictorias, las que parecen ser irreconciliables, lo que en consecuencia nos lleva a pensar que estamos ante un caso de una línea jurisprudencial polémica, siguiendo los conceptos del doctor López Medina.
- De la anterior reflexión se desprende que cuando existe un precedente vertical disímil al interior de las altas cortes, no es posible determinar cual es el criterio vinculante para magistrados y jueces, motivo por el cual en estos casos el juez es libre de adoptar la decisión que mas considere conveniente, sin estar atado a ningún criterio que los vincule. A esto es a lo que el autor López Medina llama en su libro “*el Derecho de los Jueces*”⁸ “indeterminaciones doctrinales” que según la sentencia C- 836 de 2001⁹ liberan al juez de seguir el precedente, dado que este no existe.
- Respecto al análisis jurisprudencial, claramente se constata que las secciones Tercera, Cuarta y Quinta del Consejo de Estado han adoptado el criterio de reconocer el incentivo económico al actor, así termine la acción popular mediante la aprobación del pacto de cumplimiento, en razón a que el allanamiento de la parte demandada a cumplir el deber demandado por el actor en esa primera oportunidad procesal “No implica que la labor del demandante haya sido menos diligente, pues su actuación en esa audiencia fue necesaria para esa conciliación”, atendiendo igualmente a que el derecho al incentivo no surge de la voluntad de las partes ni esta sometido a la liberalidad del juez, sino que proviene de un mandato legal, el cual lo que si establece de manera discrecional es su cuantía. Por su parte la Sección Primera del Consejo de Estado ha adoptado el criterio contrario en el sentido de que solo procede reconocer el incentivo económico, en el evento de que se dicte sentencia que acoja las pretensiones del demandante, por cuanto así lo indica de manera expresa el artículo 34 de ley 472 de 1998, que alude a que en la sentencia que acoja las pretensiones de la demanda se fijara el incentivo, lo que significa que solo hay lugar al mismo en caso de dictarse sentencia estimatoria.

⁸ LOPEZ MEDIDA, Diego Eduardo. *El Derecho de los Jueces*. Bogota, D.C.: Legis, 2006. p. 147.

⁹ M.P. ESCOBAR GIL, Rodrigo. Expedida en el mes de Agosto de 2001.

- Así las cosas, es indudable, que en lo tocante al tema del reconocimiento del incentivo económico en las acciones populares, es urgente que el Consejo de Estado unifique y precise su propia jurisprudencia¹⁰, la cual permita definir claramente cual es el alcance y el sentido que se le debe dar a los artículos 34, 39 y 40 de la ley 472 de 1998, con la finalidad de transmitirles un mensaje unívoco con destino a las nuevas instancias que seguirán conociendo de las acciones populares (Jueces administrativos y tribunales Administrativos), en relación a los eventos en que debe reconocerse o no el citado incentivo; incluso considero que ante la diversidad de criterios que se manejan al interior del Consejo de Estado en torno al tema, es necesario que se aclare el punto por vía de la expedición de una nueva ley.

Agotado el recorrido por la jurisprudencia Nacional, a continuación abordaremos el análisis de la jurisprudencia local del tribunal Contencioso Administrativo de Nariño.

2.1 JURISPRUDENCIA LOCAL: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NARIÑO

En lo que tiene que ver con la jurisprudencia local, emanada del Tribunal Administrativo de Nariño, en relación con el punto objeto de este análisis, de entrada podemos afirmar que esta ha sido un fiel reflejo de la línea que se viene manejando en las diferentes secciones del Consejo de Estado, de tal manera que al igual que en la alta corporación, en el tribunal Administrativo de Nariño, tampoco se maneja una posición uniforme respecto a este punto de derecho, toda vez que algunas salas de decisión están adoptando la tesis amplia de reconocer el incentivo aunque el proceso finalice por pacto de cumplimiento aprobado por sentencia y otras son partidarias de la postura restringida la que señala que el incentivo solo procede con sentencia estimatoria, no con sentencia aprobatoria de pacto de cumplimiento.

En tal sentido, para corroborar lo anteriormente dicho, y con el objeto de proporcionar al lector un panorama sobre las diferentes tendencias decisorias que se han adoptado en este tribunal, se ha identificado y estudiado un total de 15 sentencias que datan desde el año 2000 hasta el año 2007, donde nuevamente se observa la ambivalencia de criterios al interior de cada una de las salas de decisión que conforman el Tribunal Administrativo de Nariño.

De otro lado vale la pena mencionar que los pronunciamientos analizados, se lograron identificar haciendo uso de los medios facilitados por el tribunal como lo es la relatoria de esta corporación.

¹⁰ Al respecto se puede consultar la sentencia C- 836 de 2001, considerando 19.

A continuación enunciaremos de manera general y en orden cronológico, todos los pronunciamientos encontrados en la relatoria del tribunal, en relación con el reconocimiento del incentivo económico, a favor del actor popular cuando el proceso termina con pacto de cumplimiento, señalando la tesis adoptada en cada uno de ellos, y finalmente se realizara un estudio con mas detalle de los fallos que ha nuestro criterio son los mas sobresalientes y los cuales según la sala de decisión de donde emanen, básicamente se dedican a citar y reproducir como ya lo expresábamos inicialmente, los fallos analizados en el capitulo anterior sobre la jurisprudencia del Consejo de Estado. Son los siguientes:

(1) Sentencia del 6 de Agosto de 2001, M. P. Dr. Hugo Hernando Burbano T. Actor: Silvio Marino Pardo Polo. Demandado: Municipio de Pasto. Radicación: 010448. TESIS RESTRICTIVA.

(2) Sentencia del 14 de Junio de 2002, M. P. José Francisco Delgado Maya, Actor: Junta Administradora del acueducto del Barrio La Estrella. Demandado: SENA, Regional Nariño y CORPONARIÑO. Radicación: A-P No 02 – 0414. TESIS AMPLIA.

(3) Sentencia del 26 de Mayo de 2004, M. P. Álvaro Montenegro Calva Chi. Actor: Daniel Ortiz Mendoza. Demandado: Municipio de La Unión y Empresas Públicas Municipales de La Unión. Rad.: 04-0230. TESIS AMPLIA.

(4) Sentencia del 30 de Marzo de 2005; M. P. Álvaro Montenegro Calvachy; Actor: Sandra Mercedes Rivas. Demandado: Municipio de Pasto. Radicación No 04-2180. TESIS RESTRICTIVA.

(5) Sentencia del 8 de Agosto de 2005; M. P. Beatriz I. Melodelgado P.; Actor: Richard Moncayo. Demandado: Municipio de Pasto. Radicación: 2004- 2179. TESIS RESTRICTIVA

(6) Sentencia del 24 de Agosto de 2005; M. P. Álvaro Montenegro Calvachy; Actor: Ángela Zambrano. Demandado: Telecom. Radicación No 2001-1233. TESIS RESTRICTIVA.

(7) Sentencia del 30 de Septiembre de 2005; M. P. Álvaro Montenegro Calvachy. Actor: Danny Enrique Jácome. Demandado: Policía Nacional – Municipio de Pasto. Radicación No 05- 0861. TESIS RESTRICTIVA.

(8) Sentencia del 4 de Noviembre de 2005; M. P. Beatriz Isabel Melodelgado. Actor: Marcela Rey, Procuraduría Judicial Ambiental y Agraria. Demandado: Municipio de Cháchagüí. Radicación: 2005 – 0762. TESIS AMPLIA.

(9) Sentencia del 31 de Enero de 2007; M. P. ALVARO MONTENEGRO CALVACHY. Actor: Jair Hernán Díaz. Demandado: Empopasto. Radicación: 2006 – 0444. TESIS AMPLIA.

(10) Sentencia del 6 de Febrero de 2007; M. P. Julio Armando Rodríguez. Actor: Janeth Erazo, Demandado: Mpio. de Pasto Radicación: 2006 – 0078. TESIS AMPLIA.

(11) Sentencia del 9 de Abril de 2007; M. P. Jorge Ordóñez Ordóñez. Actor: Defensoria del Pueblo. Demandado: Municipio de Sapuyes. Radicación No 2006-0062-01. TESIS RESTRICATIVA.

(12) Sentencia del 2 de Mayo de 2007; M. P. Beatriz Isabel Melodelgado. Actor: Defensoria del Pueblo. Demandado: Municipio de Puerres (N). Radicación No 2006 – 0458-01. TESIS AMPLIA.

(13) Sentencia del 4 de Mayo de 2007; M. P. Álvaro Montenegro Calvachy; Actor: Defensoria del Pueblo. Demandado: Mpio. De Imues. Rad.: 2006-0472-01. TESIS RESTRICATIVA.

(14) Sentencia del 10 de Agosto de 2007; M. P. Hugo Hernando Burbano; Actor: Armando Benavides Cárdenas. Demandado: Mpio. De San José de Alban. Radicación: 2006-0453. TESIS RESTRICATIVA.

(15) Sentencia del 19 de Octubre de 2007; M. P. Hugo Hernando Burbano; Actor: Defensoria del pueblo. Demandado: Municipio de Aldana. Radicación: 2006 – 0539. TESIS RESTRICATIVA.

Acto seguido procederemos a efectuar el análisis jurisprudencial de los que a nuestro criterio consideramos son los fallos mas sobresalientes.

(1) Sentencia del 6 de Agosto de 2001, M. P. Dr. Hugo Hernando Burbano T. Actor: Silvio Marino Pardo Polo. Demandado: Municipio de Pasto. Radicación: 010448. TESIS RESTRICATIVA.

El presente fallo se produce con ocasión de una acción popular donde el demandante solicita la protección del espacio público y el derecho a la utilización y defensa de los bienes de uso publico, a raíz de invasión del espacio publico por parte de vehículos que impiden el fácil paso de los peatones. En esta sentencia aprobatoria de pacto de cumplimiento, el Tribunal Administrativo de Nariño se abstiene de reconocer el incentivo a favor del actor, debido a que la sala considera que no es procedente por la índole de la acción intentada y por el acuerdo al que han arribado las partes dentro del pacto de cumplimiento, y en tal sentido siguen

los lineamientos trazados por el Consejo de Estado en sentencia del 27 de Julio del año 2000¹¹, la cual al respecto expresa:

“Si bien la ley 472 de 1998 en su artículo 39 prevé que el demandante en acción popular tendrá derecho a un incentivo que fijara el Juez como parte de la indemnización, debe entenderse que cuando el proceso se ha terminado anormalmente mediante un “pacto de Cumplimiento”, no hay lugar a ello puesto que, todos los derechos derivados de la acción se entienden satisfechos en los términos en que queden conciliados y posteriormente aprobados.

Por ultimo cabe recordar que, en principio, las acciones populares carecen de contenido subjetivo es decir que, no se persigue un resarcimiento pecuniario, pues se actúa en defensa del interés publico, y aunque la ley prevé una recompensa este no es el fin primordial pues se obra mas en beneficio de la comunidad de la que el demandante forma parte.”

(2) Sentencia del 24 de Agosto de 2005; M. P. Álvaro Montenegro Calvachy; Actor: Ángela Zambrano. Demandado: Telecom. Radicación No 2001-1233. TESIS RESTRICTIVA.

En este fallo la sala del tribunal concluye que el incentivo económico no es objeto de reconocimiento en las acciones populares, cuando estas culminan por la estructuración de un pacto de cumplimiento, que implica no proferir sentencia estimatoria sobre la controversia presentada, sino resuelta por acuerdo entre las partes en estas audiencias por la vía de la conciliación.

El tribunal para fundamentar su decisión cita la siguiente jurisprudencia del Consejo de Estado: Sentencia del 24 de Agosto de 2000, Expediente No AP-090; sentencia del 9 de Agosto de 2001, C. P. Camilo Arciniegas Andrade y Sentencia del 22 de abril de 2005, Radicación No 52001 2331 000 2003 00720 01. Actor: Manuel Jesús Bravo.

Sentencia del 4 de Noviembre de 2005; M. P. Beatriz Isabel Melodelgado. Actor: Marcela Rey, Procuraduría Judicial Ambiental y Agraria. Demandado: Municipio de Cháchagüí. Radicación: 2005 – 0762. TESIS AMPLIA.

Esta providencia se da con ocasión de una acción popular instaurada por la procuradora Judicial Ambiental y Agraria en contra del Municipio de Chachagui para que este implemente una adecuada disposición final de residuos sólidos y así se garantice la salud publica y la preservación del medio ambiente; en este fallo que aprueba pacto de cumplimiento celebrado entre las partes, el Tribunal respecto al reconocimiento del incentivo a favor del actor considero que “ si bien

¹¹ SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sección 2ª, Subseccion “A”, Sentencia del 27 de Julio de 2000, C. P. Alberto Arango Mantilla, Radicación No AP-061.

se llegó a un pacto de cumplimiento, no es menos cierto que fue con la presentación de la acción popular que el municipio de Chachagui adquirió compromisos puntuales sobre el manejo de su proyecto de basuras, siendo por tanto procedente decretar a favor del fondo para la defensa de los derechos e intereses colectivos, el mínimo incentivo toda vez que la actora popular actúa en su calidad de servidora pública y por razones de su cargo.

En tal sentido, el tribunal cita la sentencia del 2 de Diciembre de 1999, exp.: AP-007, que sobre el particular expresa:

Ha considerado la sala que el incentivo procede a pesar de que la entidad demandada se allane a cumplir el deber demandado por el actor, en la primera oportunidad procesal, ya que la celebración del pacto “no implica que la labor del demandante haya sido menos diligente, pues su actuación en esa audiencia fue necesaria para esa conciliación¹².

(3) Sentencia del 6 de Febrero de 2007; M. P. Julio Armando Rodríguez. Actor: Janeth Erazo, Demandado: Mpio. de Pasto Radicación: 2006 – 0078. TESIS AMPLIA.

Como todos los demás se trata de un fallo que aprueba pacto de cumplimiento, reconociendo el incentivo a favor del actor popular, mediante esta providencia, la sala de decisión del tribunal revoca la decisión de primera instancia y decide reconocer el incentivo así fuera en la mínima cantidad. Esta sentencia reitera la misma jurisprudencia de la alta corporación, mencionada en anteriores fallos, tales como la sentencia del 13 de Febrero de 2006, sección 3ª y el auto del 31 de Marzo de 2005.

De otro lado es una sentencia que presenta salvamento de voto del Doctor Hugo Hernando Burbano, el cual lo fundamenta en la misma jurisprudencia citada en anteriores fallos en contra del reconocimiento del incentivo., tales como: Sentencia del 17 de Noviembre de 2005, C. P. Rafael E. Ostau; sentencia del 27 de Abril de 2006, del mismo consejero, y sentencia del 9 de Agosto de 2001, C. P. Camilo Arciniegas.

(4) Sentencia del 4 de Mayo de 2007; M. P. Álvaro Montenegro Calvachy; Actor: Defensoría del Pueblo. Demandado: Mpio. De Imues. Rad.: 2006-0472-01. TESIS RESTRICTIVA.

Mediante esta providencia la sala Tercera de decisión del tribunal confirma la sentencia de primera instancia, emitida por el Juez 2º Administrativo del Circuito de Pasto. en el presente caso no hubo sentencia estimatoria, sino que el proceso finalizó con pacto de cumplimiento aprobado mediante sentencia, en la que el tribunal respecto

¹² Sentencia del 2 de Diciembre de 1.999, exp.: AP-007, C. P. Jesús Carrillo, Sección 3ª.

al no reconocimiento del incentivo a favor del actor considero que “ No hay lugar al reconocimiento del incentivo a favor de la parte actora, razón por la cual se confirmara el numeral tercero de la sentencia apelada, toda vez que partiendo de un criterio de interpretación de carácter gramatical o literal del artículo 34 de la ley 472 de 1998 y del tratamiento jurisprudencial referido, se traduce que el reconocimiento del mismo solo procede en los eventos de terminación normal del proceso, esto es, con fallo estimatorio.

Igualmente cabe anotar que esta sentencia fue objeto de Salvamento de voto por parte del magistrado Julio Armando Rodríguez, quien como argumento dijo que “No puede considerarse en forma general y tajante que cuando en una Acción Popular se ha acordado un Pacto de cumplimiento, irremediamente se deba negar el incentivo, sino que debe mirarse cual ha sido la posición y actividad de la parte actora por una parte y por otra cuando quien presenta la demanda es la Defensoría del pueblo existen razones de conveniencia y coherencia procesal para lograr el fin buscado por el legislador que llevarían a admitir al menos el reconocimiento del mínimo contemplado en la ley.

De igual manera el magistrado Rodríguez para fundamentar su salvamento de voto de apoya en varios pronunciamientos del Consejo de Estado, entre los que se destacan: la Sentencia del 13 de febrero de 2006¹³, que sobre el tema del incentivo manifiesta:

“Adicionalmente como lo ha reiterado el Consejo de Estado en diferentes oportunidades, para que se reconozca el incentivo económico es indispensable demostrar tres supuestos:

- ✓ Que existió violación o amenaza de derechos e intereses colectivos.
- ✓ Que esa afectación del derecho ceso como consecuencia de la acción popular.
- ✓ Que fue imputable a la entidad demandada”.

Y además el Auto de 31 de marzo de 2005¹⁴, en el que el Consejo de Estado expresó:

“Siendo un reconocimiento a la labor realizada por el actor, con el fin de proteger los intereses colectivos, la procedencia del mismo no tiene obstáculo, bien que el proceso termine, normalmente, mediante una sentencia que defina la controversia, acogiendo las peticiones de la demanda, o bien que el proceso termine anticipadamente, mediante sentencia que apruebe el pacto e cumplimiento. (...)

¹³ Sentencia del 13 de Febrero de 2006, referencia: AP 0337, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: German Rodríguez Villamizar.

¹⁴ Auto del 31 de Marzo de 2005, Radicación No.: 3743, Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez

Además, es necesario precisar que, para el reconocimiento del incentivo, no es suficiente demostrar la actuación diligente y oportuna del actor, sino que, además, se requiere, que la protección de los derechos colectivos haya ocurrido como consecuencia del ejercicio de la acción; por consiguiente, el reconocimiento y la fijación del incentivo en favor de la parte actora en la acción popular deberá evaluarse en cada caso, teniendo en cuenta las circunstancias que originaron la protección de los derechos colectivos invocados en la demanda (...).

“Conforme a lo anterior, si la protección de los derechos colectivos invocados en la demanda no obedece a la labor, no hay lugar a reconocer, en su favor, el incentivo económico de que trata el artículo 39 de la Ley 472 de 1998”.

Finalmente en su salvamento de voto el magistrado Rodríguez concluyó: “que si bien el Municipio de Imues había proyectado algunas actividades para prestar el servicio de acueducto, no existía un compromiso serio y estructurado para dotar de agua potable no solo al casco urbano y las principales veredas como el Pedregal y Pilcuán, sino a todas las veredas del Municipio, por tanto los compromisos adquiridos en la diligencia de Pacto para proteger los derechos colectivos de la salubridad pública, garantizada por el acceso a una adecuada infraestructura de servicios y a que la prestación del servicio sea eficiente y oportuna, y además integral, es consecuencia indudable de la Acción Popular, por tanto la actividad de la parte actora fue diligente, seria y oportuna siendo procedente el reconocimiento del incentivo.

3. CONCLUSIONES

Antes de pasar a comentar las conclusiones a las que nos ha llevado el presente estudio, considero necesario y conveniente manifestar que después de haber desarrollado todo el plan de trabajo propuesto en la parte inicial del mismo, en especial lo referente a la revisión jurisprudencial en torno al tema del incentivo al interior del Consejo de Estado, he logrado recopilar importantes argumentos y elementos de juicio que me han llevado a avalar la tesis amplia, tal como ya lo había expresado en la parte inicial de este trabajo, lo cual me permite resolver el problema jurídico planteado en los siguientes términos: **Es procedente reconocer el incentivo económico a favor del actor popular aun en el evento en que el proceso finalice con sentencia aprobatoria de pacto de cumplimiento.** En tal sentido en defensa de la referida postura se orientaran las conclusiones de este trabajo.

En primer termino, vale la pena resaltar que el incentivo tiene su fundamento y justificación en el carácter difuso del interés o derecho que se protege por medio de la acción, lo que significa que los derechos colectivos objeto de protección por parte de las acciones populares, son bienes jurídicos de especial connotación social, esta categoría de derechos definidos en el artículo 88 superior y en la ley, se caracterizan porque son derechos de solidaridad, no son excluyentes, son derechos que pertenecen a todos y cada uno de los individuos y no pueden existir sin la cooperación entre la sociedad civil, el estado y la comunidad internacional. En este sentido los derechos colectivos generan en su ejercicio una doble titularidad, individual y colectiva, que trasciende el ámbito interno. También los derechos colectivos se caracterizan porque exigen una labor anticipada de protección, y por ende, una acción pronta de la justicia para evitar su vulneración u obtener, en dado caso su restablecimiento. Todas las anteriores características constituyen razones de peso que justifican en cierta forma que para motivar el ejercicio de las acciones populares y en consecuencia la protección de los derechos colectivos, sea necesaria la utilización de mecanismos especiales como lo son los incentivos.

En igual sentido, vale la pena concluir que es necesario y conveniente el uso del Incentivo economico para estimular el ejercicio de las acciones, toda vez que este tipo de acciones poseen una finalidad publica , y en consecuencia actualmente se erigen en el principal instrumento para la protección del interés publico al tiempo que representan la respuesta del ordenamiento constitucional a los fenómenos culturales y científicos del mundo contemporáneo, puesto que el desarrollo de nuevas tecnologías, de la industria y el comercio no han previsto los efectos nocivos que se pueden ocasionar a grupos considerables de población. En este sentido, es claro que *“la constitucionalización de esta acciones obedeció entonces, a la necesidad de protección de los derechos derivados de la aparición de nuevas realidades o situaciones socioeconómicas, en las que el interés afectado no es ya*

*particular, sino que es compartido por una pluralidad mas o menos extensa de individuos*¹⁵. Entonces teniendo en cuenta lo anterior considero que bajo ningún punto de vista es adecuado desestimular el ejercicio de las acciones populares, tal como lo pretenden amplio sectores de la Judicatura y el Gobierno al eliminar la figura del incentivo económico.

En relación con este mismo punto, debe considerarse que las acciones populares son instrumentos procesales que tienen un alcance mayor que otras acciones publicas como por ejemplo a la de Nulidad e Inexequibilidad, pues, no solo buscan mantener incólume el ordenamiento jurídico, sino que persiguen la protección de los derechos que le interesan no solo a la comunidad Nacional sino a toda la humanidad, tales como el medio ambiente, el cual forma parte del entorno vital del hombre necesario para su supervivencia y la de futuras generaciones.

En Tercer lugar, en relación al esquema de incentivar con estímulos económicos la colaboración de los ciudadanos con la justicia, y particularmente la protección de derechos de tanta trascendencia social como los colectivos, en mi concepto considero que resulta plenamente compatible el beneficio personal del actor popular con la reivindicación para la sociedad en general de la garantía de sus derechos e intereses colectivos, ya que lo cierto es que gracias a las acciones populares, y de paso gracias a los incentivos económicos que se desprenden de estas, en toda Colombia se ha logrado avanzar significativamente en la eficaz protección de derechos colectivos, es así como existen un sin numero de casos vitales en los cuales se ha logrado brindar soluciones de fondo a situaciones que han puesto en riesgo la vida y la integridad de las personas.

En mi criterio carece de veracidad la argumentación expuesta por los detractores de la figura del incentivo económico, dentro de los cuales se encuentra el propio Gobierno Nacional, referente a que todos los actores populares actúan únicamente con animo mercantilista, con el objetivo único de obtener el pago del incentivo, lo que ha conllevado a que se atente contra el principio de Solidaridad y a que se desnaturalice la figura de las acciones populares. Esta aseveración la hago teniendo en cuenta que en primer termino el incentivo no es de obligatoria aceptación, ya que se trata de un beneficio renunciante o que en el mejor de los casos, cuando el actor es una entidad publica que obtiene sentencia favorable, puede cederse a la Defensoria del Pueblo para el respetivo fondo de Defensa de Intereses Colectivos. Sobre este punto a manera de ejemplo se puede citar una experiencia exitosa de recuperación del espacio público en un barrio llamado Tisquesusa ubicado en la Localidad 10 de Engativa de Bogota, gracias a una acción popular en la cual la demandante no solicito incentivo económico alguno¹⁶.

¹⁵ Sentencia C- 215 de 1999.

¹⁶ Sentencia del 27 de Abril de 2001, proferida dentro de la acción popular expediente No 032 de 2001 del Consejo de Estado, demandante FANNY MARGARITA REYES SOTO.

En segundo termino, considero que tal argumentación no es cierta por cuanto de igual manera se conoce casos en los cuales algunas ONG's u organizaciones privadas como por ejemplo la fundación Proteger, para citar tan solo un caso en particular, registra en los archivos de seguimiento e intervención del Departamento Administrativo de Defensoria del Espacio Publico (DADEP), alrededor de 44 acciones populares tramitadas ante los distintos Juzgados Civiles del Circuito de Bogota y Dos (2) mas ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en las que al actor popular no ha recibido ni un solo peso por concepto de incentivo.

En consonancia con el pronunciamiento emitido por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-459 de 2004, en la cual declaro la exequibilidad de los artículos 39 y 40 Inc 1º de la ley 472, personalmente considero y estoy plenamente convencido que el incentivo legal es un estimulo legitimo y valido frente a la efectiva defensa de los intereses colectivos. En mi criterio no tiene mayor fundamento la afirmación de que las acciones populares carecen de contenido subjetivo y que cuando se ejercita este tipo de acción no debe perseguirse un resarcimiento pecuniario, pues se actúa en defensa del interés publico. No comparto esta afirmación sencillamente porque debemos tener muy en claro que no porque se busque obtener un incentivo se pierde lo altruista de la acción, pues el incentivo es apenas una manera legitima que encontró el propio estado para hacer atractivo el uso de la acción que en si misma lleva implícita la búsqueda del beneficio colectivo.

Así mismo concluimos que el incentivo legal es un estimulo legitimo y totalmente valido, en consideración a que la tarea de acometer una acción popular exitosa no es fácil, pues necesariamente implica gran esfuerzo, dedicación, desgaste, riesgos y todo eso se puede traducir en dinero, y adicionalmente nos va a costar dinero en efectivo, pues hay que tener en cuenta el tiempo que se debe dedicar a la preparación y desarrollo procesal de una buena acción popular; ese tiempo debe restársele al que ordinariamente se emplearía en procurarse los medios de subsistencia para si mismo y para sus dependientes, mas los costos elementales de la obtención de pruebas mínimas, certificados, fotografías, correos, mensajería, papelería, entrevistas con potenciales testigos, transporte, adicionalmente cuando se emprende un trabajo como es la lucha por la protección de los derechos colectivos y en general cualquier trabajo que se quiera exitoso, debe obrarse con pasión suficiente para no desfallecer luego del primer esfuerzo, dado que el camino es largo y complejo, de tal modo que debe sumarse un esfuerzo emocional que también desgasta.

Sobre este aspecto en particular la Facultad de Derecho de la Universidad del Rosario en el artículo denominado "Ponencia sobre la Importancia de los Incentivos para las Acciones Populares" señala lo siguiente:

... (...) "Pues bien, todo ese esfuerzo debe retribuirse, debe existir algún estimulo tangible y suficiente para que ese desgaste de los recursos propios tanto

materiales como emocionales resulte atractivo aun mas allá de la satisfacción personal por el logro de lo propuesto y el bienestar general pues en buena medida ese ciudadano esta cumpliendo una función publica, ya que esta llenando vacíos del estado en la comunidad o esta logrando que el estado funcione como debería funcionar, sacrificando sus propios medios para el bienestar de una colectividad abstracta y difusa, lo cual si no se premia implicaría desequilibrio en las cargas publicas pues si es la colectividad la que se beneficia, ¿ porque ha de ser un particular, ajeno a la causa del problema quien solitario se sacrifique?. ¿No merece acaso alguna retribución por su sacrificio? Piénsese que si no existiera esa retribución que incentive la actuación probablemente los casos en que el mecanismo se utilice serian tan pocos que volvería a quedar en desuso la acción popular y en tal evento quien perdería?: La colectividad.

Además, si el incentivo hace que personas determinadas de modo recurrente acudan a la acción popular, es porque de un lado el incentivo esta cumpliendo su función, y de otro, implica que los actores han obtenido victoria en lograr la protección de los derechos colectivos y eso los incentiva y les ha enseñado que vale la pena esforzarse por la colectividad en tanto haciéndole bien a la sociedad a la vez obtienen beneficio personal concreto pues, no podemos perder de vista que como se ha expuesto, si han de prosperar sus pretensiones en lo económico será porque efectivamente han logrado prosperidad para sus pretensiones en lo colectivo y eso significa que están haciendo bien su trabajo pues de lo contrario no lograrían incentivo o premio, es mas si obraran temerariamente serian multadas y condenadas en costas, entonces ¿Por qué censurar a quienes benefician a la sociedad?”

Y como si lo anterior fuera poco la misma Corte Constitucional, igualmente le encuentra una valida y legitima finalidad al incentivo económico, es así como para la Corte Constitucional la finalidad del incentivo legal en las acciones populares corresponde a la idea de compensación, sobre el particular esta corporación se ha pronunciado en el siguiente sentido:

“(...) El incentivo económico es una manera de compensar la carga que asume el demandante, pues de no existir seria una carga desproporcionada para quien inicia la acción¹⁷”.

En igual sentido, la Corte ha manifestado que los incentivos económicos de la ley de acciones populares y de grupo se encuentran acordes con el espíritu y articulado de la Constitución Política de Colombia de 1991, motivo por el cual esta corporación declaro exequibles los artículos 39 y 40 primer inciso de la ley 472 de 1998.

¹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-459 de 2004. Magistrado Ponente Dr. Jaime Araujo Renteria.

A continuación a manera de conclusión me permito transcribir algunos de los apartes más importantes consignados en la sentencia C-459 de 2004, sobre la constitucionalidad de los incentivos legales previstos por la ley 472:

(...)

Finalmente, teniendo la solidaridad tanto móviles para su ocurrencia, no es de esperar que ella siempre despunte por generación espontánea, dado que, si bien la espontaneidad para dar de sí a quien lo necesita es una importante fuente de solidaridad, es de reconocer que ésta puede ser válidamente inducida, promocionada, patrocinada, premiada y estimulada por el Estado 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 prohija un modelo ético único, pues, según se vio, la pluralidad de pensamiento y el respeto a la diferencia campean cual coordenadas rectoras de las instituciones del Estado y de las relaciones entre los particulares y las autoridades públicas.

(...)

Bajo este esquema conceptual 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. 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, a tiempo que el demandante reporta un beneficio para sí, la sociedad misma se siente retribuida con la efectiva reivindicación de sus derechos e intereses colectivos¹⁸.

También podemos concluir que es incuestionable que el ejercicio de las audiencias especiales para pacto de cumplimiento, practicadas dentro una acción popular, han significado avances importantes en la oralidad y acercamiento de todos los interesados en la protección de los derechos colectivos en busca de celeridad, economía procesal y resultados como decisiones eficaces y que se puedan cumplir; sin embargo, precisamente unos de los principales obstáculos para el logro de los acuerdos en estas audiencias esta relacionado con la tendencia jurisprudencial de los tribunales a negar el incentivo cuando se llega a un pacto de cumplimiento, por ejemplo se ha establecido en investigaciones adelantadas por la Universidad del Rosario que solo en el 19.1% de los casos se reconoció el incentivo

¹⁸ Ibíd.

económico a los actores cuando se logro pacto de cumplimiento y el monto de dicho incentivo fue siempre de 10 Salarios Mínimos Mensuales¹⁹.

En este orden de ideas, pienso que no existe una justificación legítima para considerar que por el hecho de que el proceso termine a través de un pacto de cumplimiento, no haya lugar a reconocer al actor popular el incentivo económico previsto en la ley. Estimo que no hay una razón válida para dar un tratamiento distinto a una u otra situación, debido a que de un lado el artículo 39 de la ley 472, no hace distinción alguna en cuanto a la forma de terminación del proceso para el reconocimiento del derecho al incentivo, y de otro lado, el hecho de que el procedimiento previsto por la ley no se cumpla en su totalidad, debido a que en la etapa de Audiencia especial se hizo un pacto entre las partes, no significa que la labor del demandante haya sido menos diligente, ya que su actuación de todas maneras fue relevante y necesaria para llegar a esa conciliación que en forma definitiva condujo a la protección de los derechos e interés colectivos, pues sin la iniciativa del actor al presentar la demanda seguramente se habrían continuado vulnerando estos importantes derechos y por último acoger esta idea de negar el incentivo por terminación anticipada del proceso sería contrariar y desconocer los principios de celeridad y equidad.

En mi opinión, es conveniente hacer una precisión, entre el tratamiento que se debe dar a los incentivos previstos en el artículo 39 de la Ley y a los establecidos en el artículo 40. Porque en relación con los primeros - entre diez y 150 salarios mínimos mensuales - la existencia del incentivo y su monto parecen adecuados para el cumplimiento de los fines para los cuales se diseñó, es decir promover el uso de las acciones y eliminar eventuales desequilibrios entre las partes, sin que esto se oponga a una regulación especial del incentivo. Pero en el caso del artículo 40 que establece el incentivo en acciones populares relativas a la moral administrativa, el referido incentivo ya no parece dirigirse a asegurar que el demandante pueda cubrir los gastos en los que incurre para la defensa del interés colectivo asociado a la moralidad pública, ni a generar un balance entre éste y el Estado; Ese incentivo se parece más a una recompensa que da el Estado. En este caso, los incentivos económicos se pueden convertir en estímulos perversos para la presentación de acciones populares de manera indiscriminada, en la medida en que el monto de los mismos resulta muy atractivo para los particulares, frente a las implicaciones y el nivel de responsabilidad que comporta la presentación de una acción popular.

Es indudable que algunos pocos litigantes recurren a la acción popular, no tanto por su preocupación por el bien común y por la protección de los derechos colectivos, sino para obtener ese premio monetario, derivado del incentivo, sin embargo considero que este defecto se podría, y se debería corregirlo, con una

¹⁹ Investigación realizada en el año 2002, por Beatriz Londoño Toro, Doctora en derecho Universidad Complutense de Madrid y Profesora Titular de la Universidad del Rosario.

mejor regulación del incentivo, pero lo que no parece apropiado es la supresión del incentivo, así la acción popular finalice mediante pacto de cumplimiento, puesto que si eliminamos el incentivo y dejamos la acción popular solo para que sea ejercida por ciudadanos que cuenten con medios suficientes como para dedicarse ad honorem a luchar por la justicia y el bien común, este único instrumento eficaz de protección de los derechos colectivos se extinguirá o en el mejor de los casos esta acción como lo señalo el tratadista German Sarmiento Palacio, “se convertiría en letra muerta de las legislaciones y en una institución inútil”²⁰, tal como ha pasado con muchas otras normas en nuestro país. En tal sentido, aunque no existe consenso en la necesidad y conveniencia de mantener el incentivo económico, si parece haber un acuerdo entre los defensores y detractores de la figura, en relación con la conveniencia de revisar la figura en los siguientes puntos específicos:

Revisar el monto de los incentivos, de manera especial los previstos en el artículo 40, y eventualmente analizar la posibilidad de equipararlos con los incentivos del artículo 39 de la ley.

Determinar bajo criterios de razónabilidad y experiencia casos específicos en los que el incentivo procede y establecer montos diferentes si el proceso termina en etapas diversas. Así por ejemplo, el monto del incentivo seria distinto si el proceso termina en la etapa de pacto de cumplimiento o a través de sentencia.

Exigencia de participación activa del demandante en el proceso como requisito para el otorgamiento del incentivo.

Determinar si claramente con base en la acción se alcanzo el beneficio (la protección de los derechos colectivos).

Reducción del incentivo para aquellos casos en que se demanda recurrentemente el mismo tema.

Endurecer las sanciones para actores temerarios

Es importante anotar que los proyectos de reforma a las acciones populares que se tramitan en la actualidad deben evaluar con mucha objetividad la conveniencia de “desincentivar” el ejercicio de este instrumento constitucional, sobre la consideración de que puede resultar mas dañoso para la vigencia de los principios fundamentales que inspiran nuestra constitución, el que se cercene uno de los

²⁰ “Pero lo que es claro e innecesario discutir, es el hecho de que la recompensa constituyo en el pasado, y constituye hoy en el Derecho Moderno, la motivación de quienes resuelven actuar como titulares de estas acciones. Si este elemento no existe, las acciones no se ejercen. La acción popular se convertiría en letra muerta de las legislaciones y en institución inútil” (Sarmiento Palacio, German. Las Acciones Populares en el Derecho Privado colombiano, colección bibliografica Banco de la Republica, 1988, Pág.21)

mecanismos judiciales mas idóneos y efectivos existentes, que el propugnar por la descongestión de los despachos judiciales por la vía o a costa de limitar o “racionalizar” la interposición de las acciones populares.

Finalmente en nuestra opinión la regulación de las acciones populares en términos generales mediante la ley 472 de 1998 es positiva. No se debe desconocer que la ley ha generado dificultades de interpretación debido a vacíos existentes y a la falta de claridad en la utilización de algunos conceptos, verbigracia el reconocimiento del incentivo. Sin embargo, lo cierto es que gracias a la acción popular y por ende a su motor el incentivo, nuestra sociedad esta siendo cada vez mas civilizada, entendido esto como mas respetuosa del ordenamiento, lo que va calando en nuestra cultura y los resultados se pueden apreciar claramente en las ciudades donde a consecuencia de los incentivos que han generado multitud de procesos ha mejorado ostensiblemente el manejo y cuidado del espacio publico, el acceso a los servicios públicos, la protección al medio ambiente, la movilidad, etc. Igualmente el alto número de acciones populares presentadas hasta la fecha dan cuenta de una efectiva aplicación de la ley. Su espíritu y su texto expresan el propósito de defender derechos que por su naturaleza constituyen un presupuesto básico para la vida en sociedad. Sin su vigencia no seria viable una convivencia fundada en la dignidad humana, ni una apropiación de lo público por parte de la comunidad.

En síntesis los incentivos, que si requieren de una regulación especial para su disimetría, deben subsistir pues son los que mantienen la acción popular viva y si se le elimina este mecanismo se le rompería a las acciones populares su columna vertebral y todos como colectividad perderíamos.

BIBLIOGRAFÍA

Auto del 31 de Marzo de 2005, Radicación No.: 3743, Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez

LOPEZ MEDIDA, Diego Eduardo. El Derecho de los Jueces. Bogota, D.C.: Legis, 2006. 300 p.

M.P. ESCOBAR GIL, Rodrigo. Expedida en el mes de Agosto de 2001.

PETIT, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. México: Nacional S. A., 1949. 180 p.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sección 2ª, Subseccion "A", Sentencia del 27 de Julio de 2000, C. P. Alberto Arango Mantilla, Radicación No AP-061.

SARMIENTO PALACIO, German. Las acciones populares en el Derecho Privado Colombiano. Bogotá: s.n. 2009. 180 p.

Sentencia del 2 de Diciembre de 1.999, exp.: AP-007, C. P. Jesús Carrillo, Sección 3ª.

Sentencia del 27 de Abril de 2001, proferida dentro de la acción popular expediente No 032 de 2001 del Consejo de Estado, demandante FANNY MARGARITA REYES SOTO.

Sentencia, AP 058 de 2.000.

Sentencia C- 215 de 1999.

Sentencia del 13 de Febrero de 2006, referencia: AP 0337, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: German Rodríguez Villamizar.

Sentencia C-459 de 2004. Magistrado Ponente Dr. Jaime Araujo Renteria.

VICENZO, Vigoritti. Interessi Collettivi e processo. Milán: s.n., 1979. 150 p.