

**PONENCIA PARA SEGUNDO DEBATE AL PROYECTO DE LEY No. 169  
DE 2010, Senado, 056 DE 2009 Cámara  
"POR MEDIO DE LA CUAL SE DEROGAN ALGUNOS ARTICULOS DE LA  
LEY 472 DE 1998 -ACCIONES POPULARES Y DE GRUPO-"**

Honorables Senadores:

Cumplo con el encargo que recibiera de la Presidencia de la Comisión Primera Constitucional del Senado para rendir ante la Plenaria de la Corporación Informe de Ponencia para segundo debate acerca del proyecto de ley cuyo título encabeza este escrito. El proyecto pretende, básicamente, modificar el régimen de recompensas en dinero establecidas por la ley en el caso de prosperar cualquiera de las acciones populares contempladas en el artículo 88 de la Constitución Política pero manteniendo, sin modificación alguna, las acciones en su esencia e integridad.

Con el propósito de ilustrar a la Plenaria acerca de los antecedentes de esta iniciativa presentada por el Gobierno del Presidente Uribe a través de su Ministro del Interior, doctor Fabio Valencia, así como de los trámites que ella ha surtido, es preciso anotar que su estudio fue abordado a partir del segundo semestre de 2009 por la Comisión Primera Constitucional de la Cámara de Representantes y su aprobación se efectuó en junio 9 de 2010. De igual manera, lo hizo el Pleno de dicha Corporación el 5 de octubre del año en curso durante el segundo debate constitucional y reglamentario al igual que ocurriera en la Comisión Primera de la Cámara Alta el 27 de octubre de 2010, al dársele aprobación durante el primer debate en el Senado de la República.

El proyecto, de escasos dos artículos uno de los cuales se refiere a la entrada en vigencia de la ley, es de significación y trascendencia y tiene por objeto derogar los artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998, expedida en desarrollo del artículo 88 de la Carta Política para regular las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos. Así mismo, la ley reglamenta las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares y define los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos.

Los artículos 39 y 40 que el proyecto pretende derogar establecen:

*ARTICULO 39. INCENTIVOS. 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.  
Cuando el actor sea una entidad pública, el incentivo se destinará al Fondo de Defensa de Intereses Colectivos.*

*ARTICULO 40. INCENTIVO ECONOMICO EN ACCIONES POPULARES SOBRE MORAL ADMINISTRATIVA. En las acciones populares que se generen en la violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa, el demandante o demandantes tendrán derecho a recibir el quince por ciento (15%) del valor que recupere la entidad pública en razón a la acción popular.*

*Para los fines de este artículo y cuando se trate de sobrecostos o de otras irregularidades provenientes de la contratación, responderá patrimonialmente el representante legal del respectivo organismo o entidad contratante y contratista, en forma solidaria con quienes concurran al hecho, hasta la recuperación total de lo pagado en exceso.*

*Para hacer viable esta acción, en materia probatoria los ciudadanos tendrán derecho a solicitar y obtener se les expida copia auténtica de los documentos referidos a la contratación, en cualquier momento. No habrá reserva sobre tales documentos.*

Para el Ponente es claro que la expedición de la ley 472 significó un importante progreso no sólo en la consagración e implementación de las acciones populares y de clase o grupo sino en la protección de los derechos colectivos y en la reparación de perjuicios masivos. A pesar de ello, su aplicación ha generado toda suerte de ataques y críticas pues, en la práctica, se ha desvirtuado la benevolencia de los incentivos establecidos por el Estado como un reconocimiento a los accionantes que logren un fallo favorable y su mala utilización lo ha convertido en herramienta de desmedidos intereses económicos particulares que nada tienen que ver con los nobles propósitos que los inspiraron.

El estímulo en dinero (entre 10 y 150 salarios mínimos) consagrado en el artículo 39 se da en virtud de la necesidad de atender los gastos propios de la demanda para la defensa de un interés de grupo y para contrarrestar un posible desbalance o desequilibrio entre quien acciona y grupos de poder económicos significativos. En apariencia, no produce una lesión tan importante al patrimonio del Estado como aquella que puede ocasionar el cobro de la recompensa establecida en el artículo 40, relativo a la defensa de un interés de grupo cuando éste tiene que ver con la moral administrativa. Así, personas inescrupulosas presentan indistintas demandas para obtener, conforme lo señala el texto del artículo, una recompensa equivalente al "*quince por ciento (15%) del valor que recupere la entidad pública en razón a la acción popular*" pues, en tratándose de acciones relativas a la moral administrativa, su monto se convierte en atractivo para quienes, subrepticamente, las utilizan en beneficio particular y no colectivo, popular o de grupo. La regla general indica que las acciones a que se refiere el artículo 40 involucran grandes contratos y, por ende, cuantiosas sumas de dinero.

Los argumentos de quienes hoy defienden el mantenimiento de estos "incentivos" son débiles y no guardan proporción o equilibrio frente a las razones que motivan el querer de quienes se oponen a su permanencia. Aducen los primeros que quienes intentan estas acciones pueden, con el monto del incentivo, recuperar dineros propios eventualmente comprometidos con ocasión de la acción y la demanda y que, al no ser acciones de carácter obligatorio en su presentación, estimulan la utilización de la figura contemplada en los artículos 39 y 40 de la misma ley.

Es bueno destacar que tanto el Gobierno anterior como el actual han sido enfáticos en señalar que la proliferación indetenida de acciones populares ha dado lugar a tantas recompensas económicas y de tal magnitud que los presupuestos de las entidades del Estado se ven resquebrajados por la

necesidad de atender a su pago. Así lo entendió un número importante de miembros de la Comisión Primera del Senado con cuyo voto favorable fue aprobada esta iniciativa que hoy considera la Plenaria de la Corporación. El debate adelantado al interior de esa Comisión permitió precisar los alcances del artículo primero del proyecto en el sentido de reiterar que sólo busca derogar las recompensas consagradas en los artículos 39 y 40 de la ley 472 de 1998. Ni los autores del proyecto, ni los distintos Ponentes que han defendido su texto, han querido, en modo alguno, acabar con las acciones populares. Se trata, sí, de un problema de criterio, de concepción sobre cómo deben manejarse estas acciones en cuanto tiene que ver con los incentivos económicos consagrados por la ley. Obligatorio es cuestionarse acerca del por qué se debe actuar en razón del dinero en aras de la defensa del bien común.

El reconocimiento de incentivos económicos, cualesquiera que ellos sean, son producto de la influencia que instituciones jurídicas externas han tenido en nuestras propias instituciones. Sin temor a equivocarnos, podríamos afirmar que la cultura americana y su *modus vivendi*, impuesto en Occidente, ha permeado la vida nacional. La noción de recompensas no es ajena a este fenómeno y, por el contrario, se halla inmersa en ella. En ese entendido, no es dable hablar de inconstitucionalidad, o de ilegalidad de las recompensas, o de congestión judicial por la presentación de demandas de acciones populares. No. El debate es otro. La dificultad surge no en razón del premio concedido sino de lo que vale al Estado y a sus presupuestos.

Si bien es factible admitir las recompensas durante un cierto período de tiempo para favorecer la socialización durante la fase de aprendizaje y para promover el desarrollo de las acciones populares o de grupo, no puede aceptarse que se conviertan en una costumbre permanente. La práctica de las recompensas representa una privatización de la defensa de intereses públicos contrariando los fundamentos mismos de una defensa orientada por motivaciones altruistas que persiga desarrollar en los ciudadanos un culto a la defensa de la Constitución en el marco de la democracia. Las recompensas llevan a los ciudadanos a guiarse por una base motivacional distinta, esto es, una propensión que determina a unos a responder a incentivos positivos mientras desincentiva a aquellos que suelen obedecer a motivaciones más altruistas.

Para el Ponente es claro que la defensa de la Constitución y de los intereses públicos que se derivan de ella, constituye uno de los rasgos distintivos de las democracias modernas. La justicia constitucional, entendida como un proceso, necesita de condiciones adecuadas para que los actores y promotores de su defensa puedan incoar las acciones requeridas para lograr su protección efectiva. En el caso colombiano las acciones constitucionales y las acciones de tutela se caracterizan por su fácil accesibilidad sin que existan incentivos materiales o económicos para su ejercicio. No ocurre igual tratándose de las llamadas acciones populares o de grupo. En efecto, los artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998 establecen un sistema de recompensas, o retribuciones, que en nada corresponde a las motivaciones esperadas de los ciudadanos al momento de defender intereses públicos o colectivos. Las recompensas representan una clara privatización de la defensa de intereses públicos en una sociedad que, como la nuestra, adolece de adhesiones espontáneas a la Constitución y a los valores que ella consagra. La práctica del actuar por

recompensas lejos de desarrollar un espíritu cívico en los ciudadanos alimenta el "ánimus lucri" y desnaturaliza el sentido último de la defensa de lo público.

En una democracia constitucional es, en extremo, deseable inducir una adhesión espontánea de los ciudadanos a los valores y principios consagrados en la Ley de Leyes de manera tal que se pueda generar un sentido de compromiso a nivel constitucional que corresponde a la tradición política del republicanismo (*res publica*, el gobierno entendido como un interés de todos). Esta adhesión supone una concepción participativa de la ciudadanía, volcada en la promoción del bien común expresado en la Carta Política

La evidencia muestra, así mismo, que el sistema de recompensas induce una profesionalización negativa de la defensa de lo público pues sus actores obedecen a una lógica de retribución monetaria y desestiman, en consecuencia, intereses públicos de menor cuantía que son los que, de manera general, afectan a los más desfavorecidos de la sociedad. La práctica de los incentivos representa una escogencia insostenible para una sociedad pues su éxito crea incentivos adicionales y mayores en los interesados para buscar rentas superiores sin que esto se traduzca en una solución definitiva a las fallas y disfuncionalidades establecidas mediante las acciones de grupo o populares. Si los individuos tienen la expectativa razonable de que las autoridades proporcionarán esos incentivos positivos, y si estos incentivos son importantes, entonces, la decisión que tomarán esos individuos se inclinará hacia la judicialización de las fallas administrativas desnaturalizando su acción como ciudadanos comprometidos en una mayor eficiencia de lo público a través de mecanismos democráticos o participativos.

Sin embargo, distinguidos miembros de la Comisión Constitucional del Senado formularon sus reparos frente a la posibilidad de eliminar totalmente los estímulos en dinero de las acciones populares de que se trata. A juicio de importantes y muy calificados Senadores de la Comisión Constitucional, los incentivos deben subsistir. En su sentir, el déficit democrático del País hace necesario su mantenimiento. Afirman que la participación ciudadana necesita estímulos en Colombia y piensan que su permanencia disminuye los altos índices de corrupción que imperan entre nosotros. Aún así, reconocen que el ideal jurídico y ciudadano no puede ser otro que el despliegue de una conducta solidaria desinteresada que busque, a través de las acciones populares, obtener la protección de los derechos e intereses colectivos, la reparación de los daños ocasionados a un número plural de personas y la definición de los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos sin que para ello sea menester cobrar por este ejercicio.

Particulares en general y abogados en particular, todos ellos defensores de idéntica tendencia ideológica, presentaron, también, sus censuras frente a la abolición total de los beneficios que hoy contempla la ley.

No puede ocultar el Ponente sus coincidencias frente a las preocupaciones del Gobierno Nacional anterior y del Gobierno actual al creer que el mantenimiento de los incentivos económicos para quienes presenten con éxito las acciones a que se refieren los artículos transcritos es, en verdad, inconveniente, lesivo y costoso para el patrimonio del Estado.

Como bien se señala en la Exposición de Motivos y en las Ponencias rendidas ante la Comisión y la Plenaria en la Cámara Baja, las recompensas que el Estado ha debido pagar por las demandas incoadas han estimulado la generación de grupos de personas que de forma indiscriminada se convierten en accionantes con el propósito exclusivo de obtener un pago en dinero y han generado, en el caso de las Administraciones territoriales, serias dificultades financieras que alteran y entorpecen el desarrollo normal de las actividades propias de la cosa pública en vez de perseguir la protección del bien comunitario. Al decir del Gobierno, las erogaciones que por este concepto deben efectuarse son insostenibles en los actuales términos legales. El proyecto, en verdad, atiende los constantes clamores de alcaldes y gobernadores que hoy lamentan el tener que pagar altísimas sumas de dinero por razón de recompensas en tanto espera la atención económica de las necesidades más sentidas de sus municipios y departamentos.

El número de acciones populares presentadas en el último tiempo en el País ha crecido de manera importante no en razón de la protección de derechos colectivos sino en virtud del accionar de personas que persiguiendo una recompensa agreden sin consideración los presupuestos públicos y las finanzas territoriales en detrimento de los ciudadanos y de las regiones. Son tales los casos que, en veces, se constituyen grupos especializados de personas con este único propósito y su empeño los lleva, incluso, a la recurrente presentación de demandas sobre un mismo tema o, lo que es peor, a la presentación simultánea de acciones en diversos lugares de la geografía nacional.

Afirmaciones tan contundentes como las expresadas durante la valoración del texto del proyecto por los miembros de la Comisión Primera del Senado en el sentido de creer que la defensa de lo público debe primar en todo caso y que el sentido de esa primacía ha de ser amplio, ratifican la necesidad de defender lo público por ser público y no por un porcentaje de dinero. La defensa judicial de la Nación ha de ser siempre bienvenida pero no puede ser siempre bienvenido un incentivo que lesione el interés comunitario.

El Ponente, sin embargo, desea transmitir a la Plenaria las observaciones planteadas por calificados Senadores de la Comisión Constitucional del Senado en cuanto a la necesidad de revisar hasta dónde debe ser absoluta la derogatoria de las recompensas en razón a que, en su criterio, en forma eventual ellas han servido a la causa de la lucha contra la corrupción. El Gobierno del Presidente Santos parecería estar de acuerdo con el análisis de esa probabilidad para evaluar, en último término, la conveniencia de mantener hacia el futuro un incentivo selectivo y limitado para asuntos determinados por la ley. Por ello, el Ponente, sin renunciar a los propósitos y objetivos enunciados en los párrafos anteriores de la presente proposición, presenta a consideración de la Plenaria de la Corporación, para lo de su competencia, las recomendaciones que sugirieran el Senador Luis Carlos Avellaneda y respetables litigantes particulares.

De acuerdo con lo anterior, tres son las variables propuestas en el caso del artículo 39, a saber:

- 1.) No procede el pago de incentivos cuando la demandada sea una entidad pública.

2.) Cuando la demandada sea una entidad territorial estos incentivos se reducirán en un 50%.

3.) No procede el pago de incentivo cuando la demandada sea una Entidad Territorial.

Con respecto al artículo 40 no presentan propuesta de cambio al texto actual y, en consecuencia, no se oponen a su derogatoria.

No falta en los medios de la Administración quienes opinen que la solución debe ser de carácter intermedio y plantean la posibilidad de derogar los artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998 y, al mismo tiempo, otorgar al demandante de una acción popular el derecho a recibir un incentivo que el juez fijará entre 10 y 150 salarios mínimos mensuales vigentes cuando quiera que la demanda sea interpuesta contra una persona natural o jurídica de derecho privado o cuando sea interpuesta contra una persona de derecho público para proteger los derechos e intereses colectivos previstos en los ordinales a) y c) del artículo 4º. de la misma Ley 472 de 1998.

No sobra recordar a la Plenaria del Senado lo prescrito en los mencionados ordinales a) y c) de la Ley 472 de 1998. Ellos rezan:

*"ARTICULO 4o. DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS. Son derechos e intereses colectivos, entre otros, los relacionados con:*

*a) El goce de un ambiente sano, de conformidad con lo establecido en la Constitución, la ley y las disposiciones reglamentarias;*

.....

*c) La existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. La conservación de las especies animales y vegetales, la protección de áreas de especial importancia ecológica, de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas, así como los demás intereses de la comunidad relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente; ..."*

El Ponente, con el propósito de consensuar el texto en discusión, ha traído al conocimiento de la Plenaria todas las opciones formuladas. No sobra recordar que quien se encarga de la Ponencia para segundo debate no es ponente de sí mismo sino de la Comisión en pleno. Y la Comisión en pleno aprobó sin modificaciones el texto proveniente de la Cámara de Representantes. Empero, la Plenaria del Senado, en ejercicio de la competencia que le atribuye el artículo 160 de la Constitución Política, puede, si así lo desea, introducir las variaciones que considere más concordantes con el bien común y los intereses financieros del Estado.

El Ponente agradece la preocupación de muchos otros colombianos que han querido brindar sus aportes al estudio de esta iniciativa y han presentado sus recomendaciones en torno al tema de las acciones populares. Dichas recomendaciones son del siguiente tenor:

1. Crear un circuito judicial especializado para las acciones populares, de grupo y los demás mecanismos de participación ciudadana.
2. Capacitar a las personas en este instrumento de participación con miras a difundir más las consecuencias y efectos de este mecanismo.
3. Repetir inmediatamente contra el o los servidores públicos responsables(s) el valor devengado por la entidad que se haya condenado.
4. Gradualizar el incentivo para que no se aplique siempre el valor de 10 salarios mínimos mensuales legales vigentes.
5. Definir períodos máximos de tiempo de cada una de las etapas de los procesos de las acciones populares.
6. Hacer un reconocimiento público de los accionantes

Es claro que el proyecto que se discute se circunscribe al tema de las recompensas e incentivos económicos de las acciones populares y de grupo. Las sugerencias transcritas no guardan relación con el tema, salvo la contenida en el numeral 4.. Esta sugerencia nada añade a la regulación existente por cuanto la dosimetría de la recompensa la estipula el Juez conforme al parámetro que señala el artículo 39 (entre 10 y 150 salarios mínimos).

La Federación Nacional de Comerciantes, en apoyo a la iniciativa del Gobierno, ha afirmado que *"restablece el sentido de las acciones populares, como formas loables de buscar la protección a los derechos colectivos de la sociedad, y desmonta el "negocio" que han establecido muchos abogados que, con un interés fútil y netamente económico, atormentan tanto a las instituciones públicas como a los empresarios privados que tratan de sobrevivir, con acciones populares que en la mayoría de los casos bordean la temeridad y la mala fe, todo en busca de la llamada "recompensa"*". Y cree, por eso, que la ley no debe contener ninguna excepción que permita el pago del incentivo, puesto que se desnaturalizaría la esencia del proyecto y no resolvería la problemática actual.

El Ponente concuerda con el escrito de Fenalco y, también, con la posición verbal expresada en igual sentido por la Federación Nacional de Municipios, tal cual lo ha expuesto en varios párrafos de esta Ponencia. Independientemente de la decisión que la Plenaria asuma acerca de la eliminación de los incentivos y recompensas de las acciones populares, y por estimar que es nocivo que se trastoque una figura concebida como un estímulo de responsabilidad ciudadana en defensa de intereses colectivos, sugiere de manera respetuosa a la Plenaria del Senado,

**"Dese segundo debate al Proyecto de Ley No.169 de 2010, Senado, 056 de 2009 Cámara "por medio de la cual se derogan algunos artículos de la ley 472 de 1998 -acciones populares y de grupo-", conforme al texto aprobado por la Comisión Primera del Senado."**

De los honorables Senadores,

**ROBERTO GERLEIN ECHEVERRIA**