

CIRCULAR INFORMATIVA N° 4121.0.22.1- 00005

DE: Dr. JAVIER MAURICIO PACHON ARENALES
Jefe Oficina Jurídica

PARA: Abogados Apoderados Alcaldía de Santiago de Cali.

ASUNTO: INCENTIVOS

FECHA: FEBRERO 24 DE 2012

La Dirección Jurídica, se permite comunicar la presente directriz con el fin de controlar, prevenir el daño antijurídico, mejorar los argumentos en la defensa técnica por parte de los apoderados ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa en los procesos de Acciones Populares, en aras de proteger el patrimonio del Ente Territorial, la cual deberá ser atendida por todos los abogados apoderados del Municipio de Santiago de Cali, a partir de la fecha:

RECONOCIMIENTO DE INCENTIVO ECONOMICO EN ACCIONES POPULARES

En primer término, es preciso hacer una síntesis normativa sobre la derogatoria de los Artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998, por medio de los cuales se reconocía incentivos económicos a los actores populares cuando se demostraba la vulneración de los derechos colectivos invocados por los mismos; los cuales establecían:

"ARTÍCULO 39. 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.

ARTÍCULO 40. 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.

<Inciso CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE> 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 concurren 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."

Los artículos anteriormente descritos fueron derogados por el Artículo 1º, de la Ley 1425 del 29 de diciembre de 2010, el cual fue declarado exequible por la Honorable Corte Constitucional, en Sentencia **C-630/11**, Expedientes **D-8392/D-8405**. Ponente, Dra. María Victoria Calle Correa.

Ahora bien, la Ley 1425 se promulgó el 29 de diciembre de 2010, sin embargo la misma fue objeto de demandas por inconstitucionalidad ante la Honorable Corte Constitucional, lo que generó inseguridad jurídica para su aplicación por parte de los Operadores de Justicia en los procesos que se adelantaban con antelación a la vigencia de dicha Ley, incluso en los que se encontraban en segunda instancia, desatando recursos sobre las decisiones tomadas por el aquo y que fueron confirmados integralmente en el año 2011, admitiendo las pretensiones de los actores y el reconocimiento del incentivo económico establecido por el Juez de primera instancia.

Sobre el tópico de la seguridad jurídica, que se erige como una pieza fundamental para asegurar un orden justo en la aplicación de las normas, la alta Corporación mediante Sentencia C-543 de 1.992, ha elevado pronunciamientos, como el siguiente:

..”La introducción de elementos que desconozcan este postulado y que, por tanto, lesiona el valor de la seguridad, impide la vigencia del orden justo a que aspira la Carta Política tanto en el preámbulo como en su artículo 2º, pues el logro de aquel exige momentos de definición judicial que otorguen al conglomerado la confianza en lo resuelto...”

Consideramos necesario, remitirnos al señalamiento de algunos apartes explicativos de la Sentencia C-630 de 2011:

...”LEY 1425 DE 2010
(Diciembre 29)

*Por medio de la cual se derogan artículos de la Ley 472 de 1998
Acciones Populares y Grupo.*

ARTÍCULO 1o. *Deróguense los artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998.*

ARTÍCULO 2o. **VIGENCIA.** *La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga y modifica todas las disposiciones que le sean contrarias.*

2. Decisión

*Declarar **EXEQUIBLE** la Ley 1425 de 2010 “por medio de la cual se derogan artículos de la Ley 472 de 1998 Acciones Populares y Grupo”, por las razones analizadas.*

3. Fundamentos de la decisión

La derogación de los artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998, que implica la supresión del incentivo económico que se reconocía al actor de acciones populares, corresponde al legítimo ejercicio de la potestad de configuración legislativa de que goza el Congreso de la República que comprende de manera general, la facultad para derogar las leyes y específicamente, de la delegación expresa contenida en el artículo 88 de la Carta, para regular íntegramente las



acciones populares. La medida legislativa estudiada (suprimir el incentivo) es un uso legítimo de la facultad de configuración y regulación del Congreso de la República, pues no contempla una carga irrazonable y desproporcionada para las personas que ejerzan su derecho a interponer una acción popular....

Para los demandantes y los intervinientes, suprimir los incentivos conlleva la imposición de cargas irrazonables y desproporcionadas a los actores populares, en tanto los gastos en que pudiese incurrir tendría que asumírselos, convirtiéndose en muchos casos en una barrera para el ejercicio del derecho a interponer la acción. El argumento no es de recibo para la Corte, por cuanto si bien la decisión del legislador fue retirar el incentivo de las acciones populares de la regulación de las mismas, ello no obsta para que de conformidad con el artículo 38 de la Ley 472 de 1998, el juez pueda reconocer las costas del proceso. En otras palabras, la medida legislativa adoptada consistió en suprimir el incentivo de las acciones populares, no en imponer costos a las personas que las ejercen.

Para la Corte, tampoco puede considerarse que la derogación del estímulo económico que existía a favor del actor popular constituya una medida regresiva, que desconozca derechos adquiridos o equivalga a la derogación de las acciones populares como mecanismo constitucional de protección y defensa de los derechos colectivos. **En primer lugar, el incentivo previsto inicialmente en la Ley 472 de 1998 no constituye en sí mismo un derecho subjetivo del actor, una especie de "derecho adquirido" no susceptible de ser afectado por el legislador.** Esta Corporación ha señalado que el carácter público de las acciones populares determina que su ejercicio supone la protección de un derecho colectivo, es decir, de un interés que se encuentra en cabeza de un grupo de individuos, lo que excluye motivaciones meramente subjetivas o particulares. No obstante, otorga la posibilidad de que cualquier persona perteneciente a esa comunidad, pueda acudir ante el juez para defender a la colectividad afectada, con lo cual se obtiene de manera simultánea, la protección de su propio interés. De este modo, la carencia de contenido subjetivo de las acciones populares implica que no le es inherente un resarcimiento de tipo pecuniario en favor de quien promueve el reclamo judicial de un interés colectivo y por tanto, no constituye un elemento estructural de las acciones que demandan la protección de derechos colectivos, sino un instrumento accesorio que inicialmente se previó por el legislador, en el comienzo de un mecanismo novedoso en cuanto a la titularidad y rango constitucional de la acción, como una forma de mover a los ciudadanos a interesarse en actuar en la defensa de intereses de la comunidad. En segundo lugar, la Corte señaló que no puede hablarse en este caso de regresividad de los "derechos sociales" (Título II, Capítulo II de la C.P.), pues aunque en ocasiones pueden coincidir con los "derechos colectivos" (art. 88, Ley 472 de 1998), su concepto y alcance es diferente y el hecho de que se reconozca o no el incentivo para el actor popular no supone que haya un desmejoramiento en la protección de unos u otros. Máxime cuando la motivación del Congreso de la República al derogar el incentivo, lejos de restringir el goce efectivo del derecho a interponer acciones populares, fue la de evitar los efectos perversos que la regulación de este incentivo traía en favor del actor popular, lo que a juicio de dicho foro de representación democrática, generaba problemas en la defensa y promoción de los intereses colectivos.

Lo anterior evidencia, que **tampoco el incentivo económico que la Ley 472 de 1998 le reconoció en un comienzo al actor popular, puede considerarse que haga parte del núcleo esencial del derecho de acceso a la administración de justicia en materia de acciones populares, ya que de él no depende, por ejemplo, la titularidad de la acción, elemento éste que sí es fundamental en el impulso del mecanismo de protección de los derechos**



ALCALDÍA DE
SANTIAGO DE CALI
DIRECCIÓN JURÍDICA

colectivos. No debe olvidarse que la Constitución Política consagra el deber de toda persona de actuar conforme al principio de solidaridad (art. 95.2), que es uno de los pilares del Estado social de derecho (art. 1º C.P.), en virtud del cual, se tiene la obligación de actuar en defensa de derechos que no afectan sólo al individuo, sino a la comunidad. **En este sentido, que el legislador regule las acciones populares, cuyo propósito es reclamar la defensa de los derechos colectivos para su protección oportuna, con base en el principio de solidaridad, antes que con base en la expectativa de una remuneración, no es contrario a la Constitución Política. Esa finalidad coincide con una de las metas constitucionales más importantes, cual es, precisamente la promoción del principio de solidaridad.** (Subrayado para resaltar).

Así las cosas, y teniendo en cuenta que a la fecha existe un criterio unificado por parte de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en relación a la inaplicabilidad de los Artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998, es necesario que los Abogados que ejercen la representación judicial del Municipio de Santiago de Cali en procesos de Acciones Populares, hagan énfasis en oponerse a cualquier clase de pretensión de índole económico por parte de los diferentes actores, con fundamento en lo esbozado en la presente directriz, esto con el firme propósito de que los distintos administradores de justicia acojan los precedentes judiciales de las altas Cortes antes mencionadas en relación a la negativa del reconocimiento del INCENTIVO ECONOMICO, garantizándose de ésta forma la protección del patrimonio público .

Adicional a lo anterior, es preciso denotar lo manifestado por el Honorable Consejo de Estado, en Sentencia del 24 de enero de 2011, con Ponencia del Dr. ENRIQUE GIL BOTERO, quien se pronunció sobre la Ley 1425 de 2010 y concluyo que con la nueva normatividad no es posible otorgar e incentivo, indicando en el fallo:

... "Es así, en vigencia de los artículos 39 y 40 habría concedido el incentivo, sin embargo, no puede hacerlo ahora, toda vez que la fecha en que se dicta esta providencia están derogadas las disposiciones que lo autorizaban. Ello supone, dado que se trata de normas de contenido sustantivo, que su aplicación requiere de su vigencia, y por eso debe regir la nueva normativa, no obstante que el proceso se tramita en vigencia de la Ley 472 de 1998, pero ocurre que no basta esta circunstancia para aplicar este contenido al caso en estudio.

*En efecto, en la Ley 153 de 1887 se respalda esta posición, como quiera que el artículo 3º., dispone: "estimase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regula integralmente la materia a que la anterior disposición se refería", de manera que si perdió vigencia no se puede aplicar. Además, en el artículo 17 de la misma ley también se apoya esta conclusión, **porque siendo el incentivo una expectativa de derecho para el actor popular, no un derecho adquirido con la simple presentación de la demanda, entonces aplica aquello que ordena que " las meras expectativas no constituyen derecho contra la ley nueva que la anule o la cercene"** (Resaltado propio).*



ALCALDÍA DE
SANTIAGO DE CALI
DIRECCIÓN JURÍDICA

De lo antes esbozado, es necesario que cada uno de los abogados que ejercen representación judicial del Municipio de Santiago de Cali en los procesos de Acción Popular que actualmente se encuentran en trámite, así como las que en adelante se les asignen, incorporen como uno de los fundamentos de defensa lo señalado en la presente directriz, tomando como soporte lo esgrimido en las sentencias aquí referidas, lo que conllevaría a mejorar de manera loable la presentación y sustentación de cada uno de los elementos estructurales de defensa, y por contera atacar las pretensiones de los actores que pretenden se le reconozca incentivos económicos.

Es necesario además que se reitere el contenido del Artículo 230 de la Constitución Política, que establece que los Jueces en sus providencias están sometidos al imperio de la Ley, siendo la jurisprudencia criterio auxiliar, y que tanto la ley como la Jurisprudencia Constitucional y Contenciosa Administrativa, establecen con claridad la imposibilidad Jurídica de reconocer el Incentivo económico de que trataban los derogados artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998.

Atentamente


JAVIER MAURICIO PACHON ARENALES
Jefe Oficina Jurídica Alcaldía de Santiago de Cali

Proyecto y Elaboró:

Bernarda Sáenz Bolaños- Profesional Dirección Jurídica y
Andrés Felipe Trujillo Flórez - Abogado Contratista
Edgar José Polanco Pereira- Subdirector Técnico
Javier Mauricio Pachón Arenales- Jefe Oficina Jurídica.

Avaló:

Aprobó: