

ACCION POPULAR - Finalidad. Incentivo económico / INCENTIVO ECONOMICO - Fundamento. Finalidad / INCENTIVO ECONOMICO - Mandato legal / INCENTIVO ECONOMICO - Monto

La Sala ha insistido de tiempo atrás que las acciones populares no tienen por objeto la obtención de beneficios pecuniarios, sino "...la protección efectiva de derechos e intereses colectivos, de manera que se hagan cesar los efectos de su resquebrajamiento..." y en que 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 o beneficio propio. También ha recalcado que el derecho al incentivo no se origina por voluntad de las partes ni está sometido a la liberalidad del juez, sino que surge del mandato legal; aunque su cuantía sí la establece éste de manera discrecional pero dentro de los parámetros mínimos y máximos establecidos en la ley. En tal virtud, el Legislador consagró en el Capítulo XI de la Ley 472 de 1998, el reconocimiento al actor popular de un incentivo de carácter económico con el objetivo de estimular y recompensar su labor como protector de los derechos e intereses colectivos, para lo cual partió del supuesto de que la actividad desplegada por el actor tiene como único objetivo el beneficio de la comunidad y no la satisfacción de un interés individual, pues pretende la protección de los derechos colectivos, también denominados "difusos", y no de un derecho subjetivo cuya vulneración lo afecta exclusivamente a él. Nota de Relatoría: Ver Sentencia de 11 de mayo de 2006, Exp. 25000-23-25-000-2004-00938-02(AP), C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Corte Constitucional, Sentencia C-215 de 14 de abril de 1999, M.P. Martha SÁCHICA de Moncaleano. Sección Tercera, Sentencia de 26 de enero de 2006, Exp. AP-52001-23-31-000-2004-02180, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. providencia de 19 de octubre de 2000, expediente: AP-125, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 11 de mayo de 2006, Exp. 25000-23-25-000-2004-00938-02(AP), C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

FF: LEY 472 DE 1998 ARTICULO 40

INCENTIVO ECONOMICO - Requisitos para su reconocimiento / INCENTIVO ECONOMICO - Cuantía / INCENTIVO ECONOMICO - Moralidad administrativa. Monto / INCENTIVO ECONOMICO - Contratación Estatal. Monto / INCENTIVO ECONOMICO - Pago

Con fundamento en lo expuesto, en el artículo 39 de la Ley 472 de 1998 se estableció como regla general que el actor popular tendrá derecho a recibir un incentivo que puede oscilar entre los 10 y 150 salarios mínimos mensuales, siendo tazado y reconocido por el juez popular, siempre y cuando se haya demostrado con las pruebas legal y oportunamente allegadas al proceso que el demandado con su actuación o con su omisión efectivamente amenazó o vulneró el derecho colectivo señalado y que gracias a la intervención del actor popular se logró su protección, lo que implica, que la sentencia sea estimatoria; en otras palabras, el reconocimiento del incentivo depende de la prosperidad de las pretensiones y de la actitud y comportamiento desplegado por el actor en el proceso. En cuantía diferente el artículo 40 ibídem consagró en forma especial el reconocimiento del incentivo en aquellas acciones populares que pretendan la protección al derecho colectivo a la moralidad administrativa, cuyo monto se estableció en el 15% del valor que recupere la entidad pública por el amparo al derecho colectivo señalado. Dispone además, que tratándose de sobrecostos u otras irregularidades provenientes de la contratación estatal, entrarán a responder solidariamente, por el pago de éste incentivo, el representante legal de la entidad contratante,

contratista y todas las personas involucradas hasta la recuperación total de lo pagado en exceso. En esta norma se estableció un segundo requisito para acceder al pago del incentivo, y este es que efectivamente como consecuencia de la acción popular la entidad pública recupera la suma perdida con ocasión de la vulneración de ese derecho. Nota de Relatoría: Ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 25 de mayo de 2006, Exp. AP 25000-23-24-000-2004-00838-01, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Corte Constitucional, Sentencia C-459 de 11 de mayo de 2004, M.P. Jaime Araújo Rentería.

FF: LEY 142 DE 1998 ARTICULO 39 Y 40

MORALIDAD ADMINISTRATIVA - Incentivo económico. Recuperación de dinero / INCENTIVO ECONOMICO - Moralidad administrativa. Recuperación de dinero

Conviene precisar que en los casos en que en la sentencia se encuentre demostrada la violación al derecho colectivo a la moralidad administrativa y se ordene la protección efectiva del mismo, como consecuencia del ejercicio de la acción popular, el hecho de que no se hubieran recuperado dineros por parte de la entidad pública, no excluye el otorgamiento del incentivo, dado que en aplicación de la norma general prevista en el artículo 39 de la Ley 472 de 1998, en razón a que el estímulo económico se encuentra establecido como un derecho del actor por su labor efectiva en la defensa de los derechos e intereses colectivos, con independencia de que obtenga o no la recuperación de dineros. En otros términos, no en todos los eventos concurre la protección a la moralidad administrativa y la recuperación de dineros públicos, circunstancia que si bien torna inaplicable el artículo 40 de la Ley 472 de 1998 por falta de este presupuesto, no implica per se que el incentivo deba ser negado, dado que de reunirse los requisitos establecidos en el artículo 39 ibídem es menester que el juez popular lo conceda a favor del actor en aplicación de esta disposición.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de mayo de dos mil siete (2007)

Radicación número: 73001-23-31-000-2004-00966-01(AP)

Actor: GUSTAVO MARCO AGUIAR MESA

Demandado: MUNICIPIO DEL VALLE DE SAN JUAN

Referencia: ACCION POPULAR - APELACION DE SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Tolima, el 13 de

febrero de 2006. La sentencia será confirmada respecto del aspecto apelado contenido en el numeral 3 de la parte resolutive y adicionada con un nuevo numeral.

Mediante la sentencia apelada, se decidió:

“1.- Declarar la vulneración de los derechos colectivos a la moral administrativa y al patrimonio público de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

“2.- Proteger los derechos colectivos vulnerados ordenando al Municipio demandado atender las recomendaciones técnicas referidas a reubicación de la planta; obtención de los permisos previos correspondientes, y realizar implementación de estructuras de pretratamiento y modificación de equipos de bombeo, que permitan ponerla en funcionamiento, todo lo cual, requerirá contar con estudios técnicos – económicos previos de viabilidad que concluyan que resulta posible poner en funcionamiento la misma, sin que resulte ello más costoso que construir una nueva con menores costos de operación y mayor efectividad en el tratamiento del agua.

“3.- Negar las demás pretensiones de la demanda.

“4.- Integrar el Comité de verificación del cumplimiento del fallo del cual harán parte el Alcalde del Municipio del Valle de Sanjuán, El Procurador Delegado Judicial Administrativo, el Procurador Judicial, Ambiental y Agrario, el Representante Legal de Cortolima o su delegado, la suscrita Magistrada Ponente.”

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

A través de escrito presentado ante el Tribunal Administrativo del Tolima el 4 de mayo de 2004¹ (fls. 40 – 49 cd. 1), el señor Gustavo Marco Aguilar Mesa, interpuso acción popular contra el Municipio del Valle de San Juan – Tolima, con el fin de obtener la protección de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público, previstos en las letras b. y e. del artículo 4 de la Ley 472 de 1998, a través de las siguientes pretensiones:

¹ Si bien aparece un sello en el escrito de la demanda a fl 49 cd.1 en el que se consigna como fecha: “04 MAY 2003” -sic-, lo cierto es que las fechas de reconocimiento notarial de la demanda el 29 de abril de 2004 (fl. 49 al dorso ídem), de reparto de la demanda el 4 de mayo de 2004 (fl.2 ídem), de recibo por el Tribunal a quo el 5 de mayo de 2004 (fl. 50 ídem), evidencian un error en el año que se impuso en el citado sello, siendo entonces la última fecha la correcta en cuanto la presentación de la demanda se refiere.

“1. Que se declare que “...por acción y omisión -sic- el Municipio de San Juan mediante sus representantes legales vulnero -sic- los derechos e intereses colectivos como son la Moralidad Administrativa y el Patrimonio Público al no satisfacer el fin social prioritario consistente en el tratamiento de sus aguas residuales en el área urbana mediante la Construcción de una Planta de Tratamiento originado en las irregularidades y omisiones contractuales con inversión de recursos públicos.”

“2. Que se declare que las conductas asumidas por los representantes legales del municipio del Valle de San Juan Carlos Alberto Barreto Guzmán y Gonzalo García Angarita, constituyen una irregularidad en la ejecución y cumplimiento de la obra y omisión en no hacer efectivas las garantías extendidas respecto a los contratos de obra que la entidad demanda celebros -sic- según contratos No. 113-1998 y sus adiciones 1-2-3-4 con LA ADMINISTRACIÓN COOPERATIVA INTERREGIONAL DE COLOMBIA LTDA. “COINCO LTDA” por valor de Doscientos treinta y seis mil quinientos millones de pesos (\$236.500.000) y el Contrato de Obra No. 026 por valor de cuatro millones novecientos noventa y siete mil ochocientos cincuenta y seis millones pesos -sic- (\$4.097.856) vulnerando la moralidad administrativa y el patrimonio público perteneciente a la comunidad del Valle del San Juan de conformidad a los hechos y pruebas allegadas a la presente acción.

“3. Que se protejan los Derechos Colectivos a la Moralidad Administrativa y la Defensa del Patrimonio Público (consecuencia de las anteriores).

“4. Que se condene al Municipio del Valle de San Juan representado legalmente en el Sr. Bolívar Guzmán Vera o quien haga sus veces en el momento de la notificación o a quienes en forma solidaria se declare en el Fallo a reconocer la suma equivalente al 15% de los recursos que se recuperen con destino a la prestación de dicho servicio público por concepto de incentivo teniendo presente el Art. 40 de la ley 472 de 1998.

“5. Que se ordene a las autoridades de Control Fiscal, Contraloría Departamental del Tolima, y a la entidad demandada asumir una conducta diligente e inmediata haciendo efectivas las pólizas de garantía y el amparo de estabilidad para los efectos pertinentes.

“6. Que se condene a la Parte Demandada al pago de las Costas Procesales.”

2. Hechos

Se afirmó por el actor en la demanda que entre el Municipio del Valle de San Juan (Tolima) y la Administración Cooperativa Interregional de Colombia Ltda. – COINCO Ltda.-, se celebró el Convenio Interadministrativo No. 113 de 1998, cuyo objeto fue la construcción de la primera etapa de tratamiento de aguas residuales en la Cabecera Municipal de ese municipio, en un plazo de cuatro (4) meses contados a partir de la firma del acta de iniciación y por un valor de \$236.500.000 (cláusulas primera, segunda, cuarta y octava).

Señaló que el citado convenio interadministrativo fue objeto de cuatro (4) adiciones en lo atinente al plazo pactado inicialmente, prolongándose hasta el día 6 abril de 2000.

Agregó que el motivo que originó el mencionado convenio interadministrativo tuvo un fin social, respaldado en recursos públicos, por la necesidad de satisfacer el tratamiento de aguas residuales, en el sector del matadero municipal, que es uno de los sitios en donde se vierten las aguas residuales del área urbana en el citado municipio, desconociéndose, sin embargo, las vertidas directamente al río que desemboca en el sector de pueblo nuevo, razón por la cual es una solución parcial y no total en su cobertura.

A su juicio debido al comportamiento desplegado por el representante legal del municipio del Valle de San Juan, y el representante legal de COINCO Ltda. en calidad de contratista, desde el mismo acuerdo de voluntades hasta la ejecución del contrato, incluida, el acta de recibo o entrega final de la obra, se presentaron serias irregularidades en sus diferentes etapas, que originaron que su objeto y algunas de sus cláusulas no fueran cumplidas, omitiéndose el deber que tienen los funcionarios públicos de concurrir a la función pública con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, como lo consagra el artículo 209 de la C.P., y vulnerándose requisitos legales que exigen cumplimiento, pulcritud y transparencia.

Anotó que, igualmente se omitieron requisitos de orden legal que conllevaron a la malversación y despilfarro de recursos públicos, hasta tal punto que la obra construida en virtud del convenio resultó ser inadecuada, no se cumplió con su objeto y no se obtuvo la satisfacción social en él perseguida dado que fue instalada en un sitio no apto y requiere una cantidad de obra complementaria para garantizar su óptimo funcionamiento, lo cual originó una inversión injustificada que contó con el apoyo de la Administración Municipal que omitió acatar la ley, negligencia en la que también resulta comprometida la actitud del interventor.

Aseveró que la moralidad administrativa se ve afectada por las serias irregularidades que se presentaron en el desarrollo del convenio, entre otras, la omisión de los estudios técnicos de viabilidad y factibilidad para la construcción y adquisición de la planta de tratamiento de aguas residuales; la ausencia del permiso para el vertimiento de aguas que debía otorgar CORTOLIMA y la autorización para instalar la planta en el sitio señalado; la falta de análisis de las características acordadas, licitadas e instaladas; de proceso de licitación; de exigir el cumplimiento de la labor desempeñada por el interventor; de realizar visitas periódicas a la obra para constatar su correcta ejecución; de los motivos que originaron las cuatro prórrogas al plazo; y la suscripción de un acta -de existir la misma- en relación con una obra de una planta de tratamiento de aguas residuales que resultó inadecuada debido a las fallas técnicas, es decir, una planta que no operó ni funcionará, circunstancias todas estas conocidas por la Administración Municipal.

Finalmente, concluyó que también se incumplió la Ley 80 de 1993, toda vez que no fueron acatados los principios que rigen los contratos estatales, como los de transparencia y responsabilidad, debido a las actuaciones irregulares que originaron el incumplimiento del fin pactado en la citada contratación, la negligencia en la vigilancia de la correcta ejecución del objeto contratado y la no protección de los derechos de la entidad, *“...hasta el punto que el anterior mandatario anuncia la imperiosa necesidad de ejecutar otra planta de tratamiento con recursos similares...”*.

3. La oposición a la demanda

3.1. El Municipio del Valle de San Juan en el escrito de contestación de la demanda se opuso a cada una de las pretensiones y solicitó que se exonerara de responsabilidad al ente territorial; aceptó el primer hecho y manifestó atenerse a lo que se probara respecto de los demás.

Sostuvo que el actor no es claro en señalar en el objeto de la demanda en qué consisten las irregularidades y omisiones en la contratación de la planta de tratamiento de aguas residuales; además, agregó, que no existe daño alguno a la moralidad administrativa y al patrimonio público, por cuanto los alcaldes no se han apropiado de dineros y menos de implementos de dicha planta de tratamiento; por el contrario, afirma, sólo se vislumbra un interés económico por el demandante.

Por último, interpuso la excepción de cosa juzgada, dado que existe un fallo del Consejo de Estado sobre los mismos hechos atinentes a la Planta de tratamiento de aguas residuales del Municipio del Valle de San Juan – Tolima (rad. 3202 -01) y un proceso en curso (rad. 1992-03), con el inconveniente de que, pese a la existencia de los mismos, no se ha podido trasladar dicha planta a otro lugar fuera del perímetro urbano para mitigar los impactos negativos que ocasiona su operación, por carecer de los recursos disponibles para ello, y tampoco ha podido ponerla en funcionamiento, por cuando CORTOLIMA no ha otorgado aún el permiso para vertimiento de aguas.

3.2. La Administradora Cooperativa Interregional de Colombia Ltda., COINCO LTDA. EN LIQUIDACIÓN, vinculada por orden del Tribunal *a quo*, contestó a través de apoderado judicial la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la misma, para lo cual afirmó que se limitó al cumplimiento del contrato en los términos acordados. Propuso la excepción de caducidad -art. 136 numeral 10, letra c. del C.C.A.-, al no haberse presentado dentro del término legal alguna acción tendiente a declarar el incumplimiento del contrato.

4. La audiencia de pacto de cumplimiento

El 28 de febrero de 2005 se celebró la audiencia especial de pacto de cumplimiento, la cual se declaró fallida por no existir acuerdo entre las partes, debido a la inasistencia del demandante y la Administradora Cooperativa Interregional de Colombia Ltda., COINCO LTDA – EN LIQUIDACIÓN.

5. Alegatos de conclusión

Mediante auto de 8 de noviembre de 2005, se corrió traslado a las partes y a la Procuraduría Regional para que presentaran alegatos de conclusión.

5.1. El demandante reiteró lo manifestado en la demanda y adicionalmente argumentó que de acuerdo con el acervo probatorio recaudado se encontraba demostrada la vulneración a los derechos colectivos invocados en ella.

5.2. El Procurador Judicial Ambiental y Agrario para el Tolima, manifestó que le asiste razón al actor, toda vez que en la construcción se dilapidó una importante suma de dinero de los recursos públicos, en una actividad en la cual no hubo ningún tipo de planeación, no resolvió el problema de tratamiento de las aguas para la comunidad y tampoco prestó ningún servicio al medio ambiente afectado. A este concepto se sumó la Procuradora Judicial 26 en lo Administrativo, quien además agregó que los comportamientos de los servidores públicos fueron desidiosos y complacientes.

6. La providencia impugnada

El Tribunal Administrativo del Tolima en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley 472 de 1998, procedió a dictar sentencia el 13 de febrero de 2006, en la que amparó los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

Señaló que la excepción de cosa juzgada debía despacharla desfavorablemente, dado que si bien la construcción de la planta de tratamiento de aguas residuales se ejecutó como consecuencia de un fallo anterior proferido dentro de una acción popular, en la que se ordenó proteger los derechos colectivos a la salubridad pública y al goce de un ambiente sano, el mismo no se refirió a los derechos

colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público, los cuales son sustancialmente distintos.

Destacó que de los elementos de juicio aportados puede deducirse: a) que se construyó una planta de tratamiento denominada PTAR, la cual no está funcionando, dado que requiere de dos equipos electromecánicos (de bombeo y movimiento) y un equipo de desinfección, que incrementan los costos operacionales y de mantenimiento; b) que existe una recomendación técnica para su reubicación y la solicitud previa de permiso; c) que no se realizó el estudio de tratabilidad que se recomendó para determinar las condiciones de ingreso y salida de la planta; y d) que la planta si bien corresponde a tecnología de punta, no se instaló en un sitio adecuado, por lo que se requiere la realización de obras complementarias para su funcionalidad.

Sostuvo que, ante la evidencia anterior, se concluye que existe un detrimento al patrimonio público, en la medida en que se hizo una inversión considerable de recursos públicos en la construcción de una planta de tratamiento de aguas residuales que no se ha puesto a funcionar, ni cumple ningún propósito.

Precisó que de la indebida ubicación de la citada planta y de la ausencia de permisos, se deduce que no existió una adecuada planificación de la contratación de la misma, lo cual resulta imputable únicamente al ente municipal y constituye una conducta que atenta contra la moralidad administrativa, en cuanto es un claro incumplimiento de las reglas de contratación.

Enfatizó en que si bien la obra era necesaria, y había sido producto de un pacto de cumplimiento aprobado por la Jurisdicción, debió haberse realizado de conformidad con las normas vigentes sobre la materia, y no eludiendo trámites previos necesarios, tales como los conceptos técnicos sobre localización, instalación y funcionamiento de la planta, razón por la cual ha de entenderse que tal conducta afecta la moral administrativa.

Afirmó, de otro lado, que no existían medios de prueba que permitan concluir el incumplimiento del contratista, motivo por el que no podía ordenar hacer efectivas las pólizas de cumplimiento y, por ende, debía denegar la pretensión formulada en este sentido.

Puntualizó que, no obstante encontrar probada la vulneración a derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público, no advertía que como resultado de tal declaración, se derivara la recuperación de alguna suma para el erario público, por cuanto lo que correspondía ordenar era la atención de las recomendaciones técnicas para poner en funcionamiento la planta (reubicación, trámite de permisos previos, inversión adicional de recursos para las estructuras de pretratamiento y modificación de equipos de bombeo), sin que ello resulte más costoso que construir una nueva, lo cual conjuraba la pérdida completa de la inversión realizada.

Concluyó, previa reseña del contenido del artículo 40 de la Ley 472 de 1998, que *“...siendo ello así no resulta viable reconocer el incentivo, por cuanto como ya se indicó ninguna suma habrá de recuperarse y adicionalmente tal y como consta en el acta de cumplimiento las obras adicionales para poner en funcionamiento la planta estaban planeadas antes de iniciarse la acción, de tal manera que no fue la iniciativa del actor la que condujo a su ordenamiento, razones suficientes para negar esta pretensión...”*.

7. Razones de la impugnación

El actor popular interpuso recurso de apelación contra la decisión del *A quo*, con el fin de que se modifique el numeral tercero de la sentencia y se acceda al reconocimiento del incentivo económico señalado en la Ley 472 de 1998, por lo siguiente:

Que se probó la violación al derecho colectivo a la moralidad administrativa en el presente caso, en el sentido interpretado por la Corte Constitucional en Sentencia T - 503 de 1994, dado que se trató de la inversión de dineros públicos en la

adquisición de una planta de tratamiento de aguas residuales en beneficio de la comunidad del Valle de San Juan, precedida de graves irregularidades, entre ellas, no contar con la licencia o permiso de la entidad ambiental (CORTOLIMA), haberse instalado en forma urbana y no cumplir con su objetivo o propósito social, con el agravante de que la administración municipal, concedora de toda esta situación y de la falta de idoneidad de la planta, continuó destinándole recursos públicos.

Que, una vez probada la vulneración y el carácter estimatorio de las pretensiones, le asiste el derecho al incentivo, aún en el evento de no lograrse recuperación de dineros invertidos, tal y como, en su criterio, se reconoce en la jurisprudencia del Consejo de Estado (cita como apoyo las Sentencias dictadas en los expedientes AP – 680011231500020020135701 -18 de agosto de 2005-, y 13001233100200000601 AP - 059 -sic-²), y en armonía con lo dispuesto por el artículo 39 de la Ley 472 de 1998.

Que, en las anteriores condiciones, resulta desacertada la razón del A quo, porque reconoce la vulneración del derecho colectivo, pero guarda silencio injustificado frente al reconocimiento del derecho al incentivo que le asiste en calidad de demandante por la labor desarrollada, motivo por el cual solicita que se revoque el numeral 3 del fallo y se acceda a lo solicitado, e incluso se ordene la debida investigación a las autoridades pertinentes y del contratista (conforme al artículo 56 de la Ley 80 de 1993), dada la inversión de recursos públicos sin satisfacer las necesidades de la comunidad.

8. Alegatos en segunda instancia

² Es de advertir que en relación con el texto que se transcribe con este número como una sentencia de la Corporación se incurre en un error en cuanto al actor (Jorge Piedrahita Aduan) y el nombre del magistrado ponente (Dr. Tarcisio Cáceres Toro), razón por la cual no se puede verificar su contenido dado que no coincide con la consultada bajo el número que se invoca AP-059 - 13001-23-31-000—2000-00006-01 de fecha 24 de agosto de 2001, actor: Personería Distrital de Cartagena, C.P. Reinaldo Chavarro Buriticá.

Del término concedido en esta instancia para alegar de conclusión, hizo uso el demandante para reiterar los argumentos expuestos en la sustentación del recurso de apelación.

Así mismo, el Ministerio Público, a través de la Procuradora Sexta Delegada ante esta Corporación, presentó concepto en el que solicitó confirmar el numeral 3 de la sentencia apelada, porque *“...a partir de las decisiones del Tribunal y (...) a raíz de la interposición de esta acción, la autoridad municipal no realizó acciones encaminadas a atender las recomendaciones técnicas..., que indique que lo anterior resulta menos costoso que la construcción de una nueva planta”*; y además por cuanto *“...el actor debió demostrar no sólo que la entidad pública actuó como agente generador de daño, sino que él enfrentó con esfuerzo la situación y asumió gastos para impedir la perturbación de los mencionados derechos y para lograr su protección y recuperación...”*.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Objetivo del recurso de apelación.

El *A quo* amparó los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público y no accedió al reconocimiento del incentivo económico a que se refiere el artículo 40 de la Ley 472 de 1998 a favor del actor popular, en el equivalente al 15% del valor que se recuperara por la entidad pública en razón a la acción popular, toda vez que consideró que con las declaraciones que realizaba no se derivaba alguna restitución de sumas para el erario público y que las obras adicionales para el funcionamiento de la planta fueron recomendadas con anterioridad al ejercicio de la acción y no por iniciativa del actor.

La inconformidad del actor popular se concreta: i) frente al numeral tercero de la sentencia, por cuanto, en su criterio, si el *A quo* encontró probada la vulneración del derecho colectivo a la moralidad administrativa debió reconocer el incentivo

de que trata el artículo 40 de la Ley 472 de 1998, con independencia de que se hubiera o no recuperado el valor de los dineros invertidos en el Convenio Interadministrativo No. 113 de 1998, celebrado entre el Municipio del Valle de San Juan (Tolima) y la Administración Cooperativa Interregional de Colombia Ltda. –COINCO Ltda.-, para la construcción de la primera etapa de tratamiento de aguas residuales en la cabecera de ese municipio; y ii) en no haberse ordenado la debida investigación de las autoridades pertinentes y del contratista.

En este orden de ideas, el análisis del caso en apelación se extenderá, de una parte, a la determinación en el *sub lite* de la procedencia del pago del incentivo económico al actor popular, esto es, si el numeral 3 de la parte resolutive de la sentencia se ajustó o no a lo dispuesto por el artículo 40 de la Ley 472 de 1998, al negar el pago de aquél; y de otra, si es del caso realizar el traslado del proceso a las autoridades competentes para las investigaciones a que haya lugar.

2. Fundamento del incentivo económico dentro de las acciones populares.

La Sala ha insistido de tiempo atrás³ que las acciones populares no tienen por objeto la obtención de beneficios pecuniarios, sino “...*la protección efectiva de derechos e intereses colectivos, de manera que se hagan cesar los efectos de su resquebrajamiento...*”⁴ y en que 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 o beneficio propio.⁵

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 11 de mayo de 2006, Exp. 25000-23-25-000-2004-00938-02(AP), C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-215 de 14 de abril de 1999, M.P. Martha SÁCHICA de Moncaleano.

⁵ “...el fin, móvil o motivo de la incorporación del reconocimiento del incentivo al actor popular se traduce en la necesidad de inducir a los ciudadanos con miras a invitarlos a participar activamente en la protección a los derechos e intereses colectivos, bienes jurídicos que involucran una importante vocación social...”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 26 de enero de 2006, Exp. AP-52001-23-31-000-2004-02180, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

También ha recalcado que el derecho al incentivo no se origina por voluntad de las partes ni está sometido a la liberalidad del juez, sino que surge del mandato legal; aunque su cuantía sí la establece éste de manera discrecional pero dentro de los parámetros mínimos y máximos establecidos en la ley. Así lo destacó la Sala en providencia de 19 de octubre de 2000, expediente: AP-125, al señalar que *“la facultad de premiar a los particulares por emprender labores de protección de intereses colectivos, sin duda, queda siempre en cabeza del juez, pues no se trata de un asunto negociable, sino que está dispuesto en la ley como un derecho del actor que, debe ser concedido por el juez en el momento que discrecionalmente determine dentro de los parámetros legales.”*

En tal virtud, el Legislador consagró en el Capítulo XI de la Ley 472 de 1998, el reconocimiento al actor popular de un incentivo de carácter económico con el objetivo de estimular y recompensar su labor como protector de los derechos e intereses colectivos, para lo cual partió del supuesto de que la actividad desplegada por el actor tiene como único objetivo el beneficio de la comunidad y no la satisfacción de un interés individual, pues pretende la protección de los derechos colectivos, también denominados “difusos”, y no de un derecho subjetivo cuya vulneración lo afecta exclusivamente a él.⁶

2. Requisitos para el reconocimiento del incentivo económico

Con fundamento en lo expuesto, en el artículo 39 de la Ley 472 de 1998 se estableció como regla general que el actor popular tendrá derecho a recibir un incentivo que puede oscilar entre los 10 y 150 salarios mínimos mensuales, siendo tazado y reconocido por el juez popular, siempre y cuando se haya

⁶ Recuérdese que “[el] estímulo económico a favor de quienes ejercen las acciones populares viene desde el Código Civil (artículo 1005) que lo fijaba en el equivalente a una suma que no baje de la décima ni exceda de la tercera parte de lo que cueste la demolición o enmienda, o el resarcimiento del daño; sin perjuicio de que si se castiga el delito o negligencia con una pena pecuniaria, se adjudique al actor la mitad”. Tal beneficio económico no fue concebido como un castigo para la entidad o persona reacia a cesar en la trasgresión de los derechos e intereses colectivos, sino como una compensación por la labor altruista del actor, así dicha suma deba pagarse a costa de la entidad o persona responsable de la vulneración...” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 11 de mayo de 2006, Exp. 25000-23-25-000-2004-00938-02(AP), C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

demostrado con las pruebas legal y oportunamente allegadas al proceso que el demandado con su actuación o con su omisión efectivamente amenazó o vulneró el derecho colectivo señalado y que gracias a la intervención del actor popular se logró su protección, lo que implica, que la sentencia sea estimatoria; en otras palabras, el reconocimiento del incentivo depende de la prosperidad de las pretensiones y de la actitud y comportamiento desplegado por el actor en el proceso.

En cuantía diferente el artículo 40 *ibidem* consagró en forma especial el reconocimiento del incentivo en aquellas acciones populares que pretendan la protección al derecho colectivo a la moralidad administrativa, cuyo monto se estableció en el 15% del valor que recupere la entidad pública por el amparo al derecho colectivo señalado. Dispone además, que tratándose de sobrecostos u otras irregularidades provenientes de la contratación estatal, entrarán a responder solidariamente, por el pago de éste incentivo, el representante legal de la entidad contratante, contratista y todas las personas involucradas hasta la recuperación total de lo pagado en exceso.

En esta norma se estableció un segundo requisito para acceder al pago del incentivo, y este es que efectivamente como consecuencia de la acción popular la entidad pública recupera la suma perdida con ocasión de la vulneración de ese derecho.

El reconocimiento y pago del incentivo a que tiene derecho el actor popular para cuando logra el amparo del derecho a la moralidad administrativa, asociado a la recuperación de dineros como consecuencia de la acción popular, procede entonces, tal y como lo ha expuesto la jurisprudencia de la Sección, frente a la concurrencia de los siguientes requisitos:

“i) A la demostración de la existencia a la vulneración al derecho colectivo a la moralidad administrativa.

“ii) Al logro de la protección a ese derecho colectivo, como consecuencia del ejercicio de la acción.

“iii) A que efectivamente, como consecuencia de la acción popular, la entidad pública recupere, en todo o en parte, la suma que había perdido como consecuencia de la vulneración a la moralidad administrativa.

“iv) A que el reconocimiento del incentivo haya sido dirigido a cargo de las personas naturales que atentaron o vulneraron el derecho o interés colectivo y no en contra de la entidad estatal afectada.”⁷

Sobre este último aspecto, esto es, en lo que atañe a la persona en contra de la cual se debe dirigir la pretensión de condena al pago del incentivo es importante advertir que de acuerdo con lo señalado por la Corte Constitucional en la providencia que revisó esta materia, sea que se trate del artículo 39 o del artículo 40 de la Ley 472 de 1998, el incentivo debe correr a cargo de las personas naturales que atentaron o vulneraron el derecho o interés colectivo y no de la entidad estatal afectada. En efecto, a juicio de la Corte:

“La Corte se pregunta ahora: ¿quién debe pagar el monto del incentivo decretado por el juez de la acción popular, tanto el del artículo 39, como del 40 de la ley 472 de 1998. Sin lugar a dudas este monto debe pagarlo la persona que atentó o vulneró el correspondiente derecho o interés colectivo, pues, no sería lógico ni jurídico que en la perspectiva de proteger derechos e intereses vinculados al cumplimiento de las tareas estatales, sea el mismo Estado quien deba soportar una erogación con ocasión de un proceso en el que se demostró la responsabilidad de un tercero. Es apenas obvio que cada cual debe responder por los efectos nocivos de su propia conducta, lo cual, a más de ser justo y necesario, resulta ampliamente pedagógico en la esfera de las políticas preventivas del Estado sobre derechos e intereses colectivos. Por consiguiente, el monto total del incentivo determinado por el juez debe pagarlo la persona que atentó o vulneró el correspondiente derecho o interés colectivo. En el evento del artículo 40, siendo el estado el afectado o "víctima" del acto que afecta la moral administrativa, no puede además ser afectado con una disminución de lo que recupere, siendo lo razonable que el incentivo lo pague el autor o cómplice del detrimento patrimonial. Esta es la misma posición que en la interpretación y aplicación de esta norma ha hecho el Honorable Consejo de Estado y que la Corte Constitucional ahora avala, como manifestación del denominado derecho viviente.”⁸

Por otra parte, conviene precisar que en los casos en que en la sentencia se encuentre demostrada la violación al derecho colectivo a la moralidad administrativa y se ordene la protección efectiva del mismo, como consecuencia del ejercicio de la acción popular, el hecho de que no se hubieran recuperado dineros por parte de la entidad pública, no excluye el otorgamiento del incentivo, dado que en aplicación de la norma general prevista en el artículo 39 de la Ley 472

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 25 de mayo de 2006, Exp. AP 25000-23-24-000-2004-00838-01, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-459 de 11 de mayo de 2004, M.P. Jaime Araújo Rentería.

de 1998, en razón a que el estímulo económico se encuentra establecido como un derecho del actor por su labor efectiva en la defensa de los derechos e intereses colectivos, con independencia de que obtenga o no la recuperación de dineros.

En otros términos, no en todos los eventos concurre la protección a la moralidad administrativa y la recuperación de dineros públicos, circunstancia que si bien torna inaplicable el artículo 40 de la Ley 472 de 1998 por falta de este presupuesto, no implica *per se* que el incentivo deba ser negado, dado que de reunirse los requisitos establecidos en el artículo 39 *ibidem* es menester que el juez popular lo conceda a favor del actor en aplicación de esta disposición.

3. El caso concreto.

Descendiendo los criterios expuestos a la causa *sub examen*, observa la Sala que aunque se demostró la vulneración al derecho colectivo a la moralidad y se protegió el mismo a través de la sentencia, no es posible de conformidad con las pruebas obrantes dentro del proceso, acceder al incentivo solicitado por el actor, por varios motivos a saber:

i) No se cumplen los presupuestos que para el reconocimiento del incentivo establece el artículo 40 de la Ley 472 de 1998, toda vez que no se configura el tercer requisito consagrado en esta disposición, esto es, que la entidad pública recupere, en todo o en parte, una suma de dinero que habría perdido como consecuencia de la vulneración a la moralidad administrativa, por cuanto en la sentencia lo que se ordenó fue atender las recomendaciones técnicas⁹ que habían

⁹ Las mismas se derivan del concepto técnico emitido el 18 de marzo de 2003 por CORTOLIMA (visible a fls. 3 a 9 cd. pruebas parte demandada, y 16 a 22 cd. 1); y del acta de verificación de cumplimiento de 30 de octubre de 2003 (que reposa a fls. 32 a 35 cd 1), a la sentencia de segunda instancia dictada en una acción popular promovida con anterioridad. En dicho concepto técnico se recomienda: "La Alcaldía del Valle de San Juan y/o Oficina de Servicios Públicos deberá reubicar PTAR [planta de tratamiento de aguas residuales], antes descrita, fuera del perímetro urbano, teniendo en cuenta los impactos negativos que la operación de ésta ocasiona a su entorno (...). [E]s conveniente implementar dichas estructuras de pretratamiento y modificar el equipo de bombeo existente, en lo posible sustituirlo por una bomba sumergible (...). Antes de poner en funcionamiento la PTAR, en caso de optar por esta alternativa, la Alcaldía Municipal del Valle de San Juan, deberá obtener Permiso de Vertimiento para el proyecto (...). [D]eberán realizar y/o gestionar jornadas de fumigación en las áreas aledañas a la PTAR en comento, con el fin de minimizar la población de vectores..."; medidas que coinciden con lo ordenado por el Tribunal a quo para la protección de los derechos colectivos que estimó vulnerados.

sido dadas antes de la acción popular y que implican, a juicio del *A quo*, poner en funcionamiento la planta de tratamiento y conjurar cualquier pérdida de la inversión realizada.

Tampoco el actor demostró la existencia de un incumplimiento por parte del contratista del citado convenio¹⁰, y, por ende, la cuantía de un daño –pérdidas– que debiera recuperarse, lo que condujo a que no prosperaran aquellas súplicas con las cuales se pretendía recuperar algún valor con ocasión de la ejecución del Convenio Interadministrativo No. 113 de 1998, celebrado entre el Municipio del Valle de San Juan (Tolima) y la Administración Cooperativa Interregional de Colombia Ltda. – COINCO Ltda., para la construcción de la primera etapa de tratamiento de aguas residuales en la cabecera de ese municipio, entre ellas, la de hacer efectiva las pólizas de garantía de cumplimiento y estabilidad de la obra.

De ahí que, como lo expuso el *A quo*, las declaraciones adoptadas respecto de las pretensiones que encontró prósperas para la protección del derecho colectivo a la moralidad están enderezadas a atender las recomendaciones técnicas realizadas en el Concepto Técnico emitido por la autoridad ambiental CORTOLIMA y no conllevan la recuperación de alguna suma para el patrimonio público.

Por consiguiente, como con la decisión adoptada no se ordenó el reintegro de sumas por las razones antes expuestas, no hay lugar a fijar el incentivo del 15% solicitado en la pretensión cuarta de la demanda del actor, dado que no se configura el presupuesto anotado del artículo 40 de la Ley 472 de 1998, que permita otorgarlo y tasarlo.

ii) Igualmente, se encuentra que tampoco se da el supuesto para acceder al reconocimiento del incentivo en los términos del artículo 39 de la Ley 472 de 1998, dado que, como ya se estableció, el incentivo debe correr a cargo de las personas naturales que atentaron o vulneraron el derecho o interés colectivo y no

¹⁰ Incluso en el Oficio No. 0077067 de 21 de abril de 2003, suscrito por el Subdirector de Recursos Naturales de CORTOLIMA en el que se remite a la Alcaldía del Valle de San Juan el mencionado concepto técnico de 18 de marzo de 2003 (visible en copia auténtica a fls. 3 a 4 cd. pruebas parte demandada), se informa acerca de la imposibilidad de pronunciarse respecto del cumplimiento del contrato de obra por parte del contratista, por no contar con los criterios para comparar lo contratado contra lo ejecutado.

en contra de la entidad estatal afectada, y en este caso se observa que también se omitió el cumplimiento de este requisito para que pueda proceder el reconocimiento del estímulo económico.

En efecto, nótese que el demandante solicitó en la pretensión cuarta de la demanda condenar por el incentivo al Municipio del Valle de San Juan (Tolima), lo cual resulta incorrecto, dado que, como se explicó, el mismo se encuentra a cargo de las personas que concurrieron a la vulneración del derecho colectivo y si bien dejó el actor abierta la alternativa de hacerlo “...a quienes en forma solidaria se declare en el fallo”, no se ocupó de solicitar desde el comienzo la vinculación al proceso de las personas naturales -que a su juicio- fueron las presuntas responsables de la vulneración del derecho o interés colectivo, de suerte que al no haberse vinculado a las mismas como sujetos pasivos de esta acción, debe confirmarse la decisión del *A quo* de no condenar al citado municipio a cubrir el incentivo.

Ahora bien, pese a que en el proceso a instancia del Tribunal *A quo* se vinculó a la persona jurídica contratista -Administración Cooperativa Interregional de Colombia Ltda. – COINCO Ltda.-, lo cierto es que la vulneración del derecho colectivo a la moralidad administrativa y a la defensa al patrimonio público no se atribuyó al mismo, sino únicamente al ente municipal, al no existir medios de prueba que permitieran concluir que incumplió el Convenio Interadministrativo No. 113 de 1998, de manera que no cabría una condena en contra suya en lo concerniente al pago del incentivo.

iii) De otra parte, se advierte que como la demanda se presentó el 4 de mayo de 2004 y las obras adicionales para el funcionamiento de la planta de aguas residuales fueron recomendadas y planeadas con anterioridad al ejercicio de la acción, se tiene, entonces, que las órdenes impartidas por el *A quo* para la protección de los derechos colectivos conculcados no son consecuencia directa de la iniciativa del actor y del propósito principal de sus pretensiones sustentadas en un presunto incumplimiento del contrato de obra que tenía por objeto la

construcción de la primera etapa para el tratamiento residual de las aguas del Municipio del Valle de San Juan y en la omisión de hacer efectivas las garantías del mismo, sin que haya probado tales situaciones, sino que se derivan de actuaciones que venía adelantado la administración para solucionar la vulneración de otros derechos colectivos, según consta en el acta de verificación de cumplimiento de 30 de octubre de 2003 a la sentencia de segunda instancia dictada en una acción popular promovida con anterioridad (documento que reposa a fls. 32 a 35 cd 1).¹¹

Por lo tanto, la Sala confirmará el numeral 3 de la decisión apelada que niega el incentivo a favor del actor popular.

Finalmente, en cuanto al segundo motivo de la apelación que liga en forma consecencial el recurrente al primero y encaminado a que se “...ordene la debida investigación de las autoridades pertinentes...”, es del caso precisar, como lo ha manifestado en anterior oportunidad la Sala, que “[l]a acción popular no está concebida para pretender que el juez ordene que se adelanten investigaciones, pues para ello el ciudadano puede recurrir directamente ante las autoridades disciplinarias, sin que para ello sea menester acudir previamente al juez popular, para que éste –una vez estudiado el asunto- ordene la investigación respectiva, como tampoco para ordenar que se reabra una investigación que ya fue concluida....”¹²

¹¹ Sobre la eficacia de la actuación del actor popular y la conexidad de sus pretensiones con la protección a los derechos colectivos para el reconocimiento del incentivo ver Sentencia de 26 de enero de 2006, Exp. AP-52001-23-31-000-2004-02180-01, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. En la misma se afirmó: “De conformidad con las pruebas obrantes dentro del proceso y siguiendo el acuerdo planteado por las partes dentro del proyecto de pacto de cumplimiento aprobado por el A quo por no incurrir en ningún vicio de ilegalidad, se deduce que el reconocimiento del incentivo no es procedente en la medida que la actora popular encaminó como pretensión principal la recuperación de los sobrecostos del contrato, como se desprende de los hechos de la demanda y de las pretensiones, sin que haya probado el extravío de los dineros públicos al patrimonio de particulares ni se haga mención en el pacto de cumplimiento a este punto, acordando las partes que el puente peatonal de San Vicente entraría en funcionamiento el 31 de mayo de 2005 para tranquilidad de la accionante y de la comunidad, protegiéndose de esta manera el derecho colectivo a la moralidad administrativa señalado como vulnerado.”

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 22 de febrero de 2007, Exp. AP-19001-23-31-000-2004-01678-01, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

La situación a la que se refiere la sentencia transcrita, es diferente a aquella que se presenta cuando como consecuencia del juicio popular resulten comprobadas conductas que sean susceptibles de ser investigadas disciplinariamente, caso este último en el que procede el traslado de la actuación a las autoridades competentes.

Y es precisamente la situación que se presentó en este caso, como quiera que en la sentencia apelada se encontró demostrada la existencia de irregularidades relacionadas con la fase de planeación de la contratación de la planta de tratamiento de aguas residuales del Municipio del Valle de San Juan (Tolima), que pueden comprometer la conducta de los servidores o ex servidores públicos que en ella participaron, tales como la carencia de los estudios técnicos y de factibilidad relacionados con la localización, instalación y funcionamiento de la misma y la ausencia de los permisos previos, es claro que resulta procedente el traslado de esta actuación judicial a las autoridades disciplinarias correspondientes, como lo solicitó el actor en el recurso, para que realicen las investigaciones a que haya lugar conforme a las disposiciones disciplinarias, razón por la cual se modificará en este aspecto adicionando un numeral con este propósito.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFÍRMASE el numeral 3 apelado de la parte resolutive de la Sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, el 13 de febrero de 2006, en el que se negaron las demás pretensiones de la demanda, entre ellas el

incentivo económico al actor, por los motivos expuestos en la presente providencia.

SEGUNDA: ADICIÓNASE un numeral a la parte resolutive de la Sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, el 13 de febrero de 2006, así:

“5.- COMPÚLSENSE, a través de Secretaría, copias del expediente con destino a la Procuraduría General de la Nación, para lo de su competencia.”

TERCERO: REMÍTASE por Secretaría a la Defensoría del Pueblo, copia del presente fallo, para que sea incluido en el Registro Público Centralizado de Acciones Populares y de Grupo previsto en el artículo 80 de la Ley 472 de 1998.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUELVA

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

Presidente de la Sala

RUTH STELLA CORREA PALACIO

ENRIQUE GIL BOTERO

ALIER E. HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA