

JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS COLECTIVOS

Balance de la ley de acciones populares y de grupo (Ley 472 de 1998)
en sus primeros 10 años 1998-2008

Beatriz Londoño-Toro
—editora académica—



Colección Textos de Jurisprudencia



Justiciabilidad de los Derechos Colectivos

Balance de la ley de acciones populares
y de grupo (Ley 472 de 1998)
en sus primeros 10 años 1998-2008

Justiciabilidad de los Derechos Colectivos

Balance de la ley de acciones populares
y de grupo (Ley 472 de 1998)
en sus primeros 10 años 1998-2008

Beatriz Londoño-Toro

-editora académica-



COLECCIÓN TEXTOS DE JURISPRUDENCIA

© 2009 Editorial Universidad del Rosario
© 2009 Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario,
Facultad de Jurisprudencia
© 2009 Beatriz Londoño-Toro, editora académica
© 2009 Volmar Pérez-Ortiz, por la presentación

ISBN: 978-958-738-022-4

Primera edición: Bogotá D.C., noviembre de 2009
Coordinación editorial: Editorial Universidad del Rosario
Corrección de estilo: Luisa Fernanda Arango
Diseño de cubierta: Lucelly Anaconas
Diagramación: Ángel David Reyes Durán
Impresión: Javegraf
Editorial Universidad del Rosario
Carrera 7 No. 13-41, of. 501 • Tel.: 297 02 00, ext. 7724
Correo electrónico: editorial@urosario.edu.co

Todos los derechos reservados.
Esta obra no puede ser reproducida sin el permiso previo escrito
de la Editorial Universidad del Rosario

Justiciabilidad de los Derechos Colectivos: Balance de la ley de acciones populares y de grupo (Ley 472 de 1998) en sus primeros 10 años 1998-2008 / Editora académica: Beatriz Londoño Toro.—Facultad de Jurisprudencia. Editorial Universidad del Rosario, 2009. 232 p. (Colección Textos de Jurisprudencia).

ISBN: 978-958-738-022-4

Derecho constitucional – Colombia / Derechos civiles – Colombia – Legislación / Colombia – Leyes y decretos / Derechos colectivos – Colombia - Legislación / I. Título / Serie.

342.861 SCDD 20

Impreso y hecho en Colombia
Printed and made in Colombia

Contenido

Presentación.....	11
<i>Volmar Pérez-Ortiz</i>	

Introducción.....	15
<i>Beatriz Londoño-Toro</i>	

Capítulo 1

Resultados de la investigación “Diagnóstico del Impacto de la Ley 472 de 1998 en sus primeros 10 años”

I. Balance de la Universidad del Rosario ¿Progresividad o regresividad en la protección de los derechos colectivos como derechos humanos?	21
<i>Beatriz Londoño-Toro, Gerardo Figueredo-Medina, Angélica González-Acosta</i>	
II. Balance de la Corporación Excelencia en la Justicia	51
<i>Gloria María Borrero-Restrepo, Luisa Fernanda Trujillo, Alejandro Botero, Juanita Durán</i>	

Capítulo 2

Avances en la garantía de derechos colectivos y retos de las acciones populares y de grupo

I. Un caso con dimensión internacional “ejercicio de acciones de clase en el sistema anglosajón en defensa de los derechos de grupos vulnerables en América Latina: el caso contra Chiquita Banana (CBI)”	111
<i>Arturo Carrillo</i>	

II. La anulación de actos administrativos en la acción popular ¿es un ejercicio de una competencia implícita que viola el derecho fundamental al debido proceso?.....	122
<i>Luis Felipe Botero-Aristizábal</i>	
III. La moralidad administrativa como Derecho Colectivo.....	143
<i>Martín Bermúdez-Muñoz</i>	

Capítulo 3

Aportes desde el Ministerio Público

I. Ponencia sobre la importancia de los incentivos para las acciones populares	161
<i>Ignacio Andrés Bohórquez</i>	
II. El mecanismo de revisión eventual en las acciones populares y de grupo frente a los principios de igualdad, seguridad jurídica y confianza legítima.....	167
<i>Mauricio Narváez</i>	

Anexos

Relatorías

I. Balance del ministerio público en torno a la Ley de Acciones Populares y de Grupo	177
1. Ponencia: <i>¿Cuál ha sido el papel de la Defensoría del Pueblo en torno a la ley de acciones populares y de grupo?.....</i>	177
2. Ponencia: <i>¿Cuál ha sido el papel de la Procuraduría General de la Nación en torno a la ley de acciones populares y de grupo?</i>	182
II. Los balances institucionales en torno a la Ley 472 de 1998.....	191
1. Panel: balance del constituyente y el legislador en torno a la ley de acciones populares y de grupo.....	191
1.1. Ponencia: <i>¿Cuál ha sido el papel del legislador en la protección de los derechos colectivos?</i>	191

2.	Panel: balance de los operadores judiciales en torno a la ley de acciones populares y de grupo.....	194
2.1.	Ponencia: <i>¿Cuál ha sido el papel de los operadores judiciales en torno a la ley de acciones populares y de grupo?</i>	194
2.2.	Ponencia: <i>¿Cuál ha sido el papel de los operadores judiciales en torno a la ley de acciones populares?</i>	198
2.3.	Ponencia: <i>Las acciones de grupo como herramienta constitucional para la defensa de los derechos de grupos de especial protección constitucional</i>	201
III.	Otros aportes de la Academia	210
1.	Ponencia: <i>Los derechos de usuarios y consumidores en el derecho venezolano</i>	210
2.	Ponencia: <i>Las acciones de grupo en el nuevo escenario de los tribunales de arbitramento</i>	220

Presentación

Volmar Pérez-Ortiz*

El respeto y garantía de los derechos humanos no se alcanzan con su simple reconocimiento normativo; es indispensable que el Estado proporcione los recursos y adopte las medidas necesarias para que las personas puedan gozar de sus derechos. Esta obligación de cumplimiento se encuentra plasmada en la Constitución Política, entre otras, por los mecanismos de protección judicial de los derechos humanos.

La expedición de la Ley 472 de 1998, como desarrollo del artículo 88 de la Constitución Política, significó un importante avance en la consagración de los derechos colectivos tomándolos como nueva categoría de derechos humanos, y en la implementación de las acciones colectivas a manera de mecanismos para su protección.

Las acciones populares con la finalidad de proteger los derechos e intereses colectivos, y las acciones de grupo como mecanismo colectivo de reparación de perjuicios, han generado un gran impacto social y judicial, y un permanente debate en diferentes escenarios de la vida nacional.

Según la Declaración Universal de los Derechos Humanos, todos nacemos libres e iguales en dignidad y derechos, y estamos llamados a comportarnos fraternalmente. También agrega que todos tenemos deberes con la comunidad, dentro de la cual podemos desarrollar libre y plenamente nuestra personalidad.

Cuando el ciudadano decide acudir, de forma individual o colectiva, en defensa de sus derechos colectivos, los cuales presume violentados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, expresa su solidaridad con la comunidad a la que pertenece.

* Defensor del Pueblo.

A su vez, la Constitución y la ley colombiana otorgan preponderancia a los derechos colectivos y a los mecanismos constitucionales que garantizan su realización, en cuanto que el Estado Social se concibe como el “garante de los pactos entre las diversas fuerzas sociales”.

Aunque los derechos colectivos no tienen propósitos individuales, su pleno ejercicio termina por beneficiar a las personas, pues la consagración de un derecho colectivo de progresivo desarrollo exige la satisfacción de una necesidad individual.

Contrario a lo que sucede con la naturaleza pasiva de la comunidad, se manifiesta la acción del individuo que se inclina, con mayor autonomía, por lograr la plena satisfacción de sus carencias y necesidades.

El titular de los derechos individuales es la persona; el de los derechos colectivos es la sociedad. La práctica constitucional protege no sólo al individuo sino a la colectividad. La defensa de los derechos colectivos es garantía para la realización del Estado Social de Derecho y el bienestar de los asociados.

El Defensor del Pueblo puede instaurar y coadyuvar las acciones populares en lo correspondiente a su competencia; interviene en aquellas que se interpongan sin la intermediación de un apoderado judicial; solicita amparo de pobreza en las acciones populares cuando lo considera conveniente, y participa en la audiencia de pacto de cumplimiento para servir de mediador y facilitar el acuerdo en los procesos previstos para las acciones colectivas.

La Defensoría del Pueblo tiene a su cargo la implementación del Registro Público de las Acciones Populares y de Grupo; también maneja y administra el Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, instaurado para la financiación de acciones colectivas en los términos que establece la ley y los reglamentos.

Por este motivo, fieles a nuestra misión, que es promover y divulgar los derechos humanos y propender por su defensa y protección, hemos convocado, en asocio con la academia y la sociedad civil, a esta investigación y a la celebración de la primera década de aplicación de la Ley 472 de 1998, la cual servirá de escenario para evaluar, desde las diferentes instancias concernidas del Estado, la efectividad de las acciones populares y de grupo como mecanismos de protección de los derechos colectivos, al igual que identificar las falencias y retos que nos depara el futuro inmediato.

Para tal efecto, y en lo que a la Defensoría del Pueblo concierne, funcionarios y defensores públicos del área administrativa presentarán los resultados alcanzados por la implementación del Registro Público de las Acciones Populares y de Grupo, por el manejo y la administración del Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, y el ejercicio del litigio defensorial desde la perspectiva nacional y regional.

Introducción

Beatriz Londoño-Toro*

La Constitución Política de 1991, en su artículo 88, elevó a rango constitucional las acciones populares y de grupo, y señaló la necesidad de que el legislador regulara las acciones populares con la finalidad de proteger los derechos e intereses colectivos y las acciones de grupo, como mecanismo de reparación de perjuicios sufridos por una pluralidad de personas. Fue sólo hasta agosto de 1998 que se lograron concretar estos esfuerzos a través de la expedición de la Ley 472.

Estas acciones fueron consagradas en la Constitución como acciones públicas, y, al elevarse su rango y posibilidades, el constituyente sentó las bases de lo que podríamos denominar la nueva justicia para el siglo XXI, una justicia colectiva.

Los retos que afronta el derecho frente a problemáticas como el deterioro ambiental, los desechos tóxicos y peligrosos, la intromisión de la tecnología informática a nuestra vida, tanto individual como colectiva, la clonación de seres humanos, los riesgos a los que nos exponemos cada día por falta de seguridad alimentaria, el deterioro de la calidad de vida urbana y rural, la deficiente prestación de los servicios públicos, nuestra desprotección como consumidores y usuarios etc., todas estas precisamente son realidades que necesitan instrumentos jurídicos acordes con los nuevos tiempos.

Con ocasión de los 10 años de expedición de la Ley 472 de 1998, se realizó una alianza entre la Defensoría del Pueblo, la Universidad del Rosario y la Corporación Excelencia en la Justicia para estructurar un diagnóstico de la Ley y de su operatividad en este decenio. Dicho diagnóstico presenta un balance

* Directora del Grupo de Investigación en Derechos Humanos de la Universidad del Rosario. Editora académica de esta publicación.

de su aplicación, a fin de formular propuestas, elevar los niveles de protección de los derechos colectivos, perfeccionar y fortalecer estas acciones constitucionales de interés público. Para completar el diagnóstico se realizó también una encuesta de percepción entre los jueces administrativos de Bogotá, sobre las audiencias especiales para pacto de cumplimiento.

Es entonces este libro una síntesis de los resultados de la investigación y la materialización de un espacio de encuentro de gran valor con motivo de los 10 años de ejercicio de las acciones populares. Las entidades que participaron en su realización consideraron al inicio del proceso que era necesario realizar un balance y una investigación seria y responsable sobre este instrumento de protección de los derechos humanos, este libro es el resultado de tal iniciativa.

En el primer capítulo se encuentran los resultados de la investigación “Diagnóstico del impacto de la Ley 472 de 1998 en sus primeros diez años”, elaborado desde tres perspectivas: i) el balance académico, hecho con el aporte del Grupo de Investigación de Derechos Humanos de la Universidad del Rosario; ii) la mirada corporativa, desde la visión de la Corporación Excelencia en la Justicia, para la cual una de sus prioridades es el seguimiento, evaluación y búsqueda de la promoción de herramientas constitucionales y legales que satisfagan la protección de los derechos y que contribuyan al anhelo colectivo de una pronta y cumplida justicia para todos los colombianos; así pues, el diagnóstico se realizó desde varias ópticas de la ley, garantizando de esta manera una perspectiva plural y amplia.

El segundo capítulo se dedica al análisis de los avances en la garantía de derechos colectivos y los retos de las acciones populares y de grupo. Inicia con la ponencia “Ejercicio de acciones de clase en el sistema anglosajón, en defensa de los derechos de grupos vulnerables en América Latina. El caso de Chiquita Banana”, con la cual el Dr. Arturo Carrillo, de la Universidad George Washington, presenta un caso con dimensión internacional. De igual forma, varios académicos aportan elementos significativos al análisis: el Dr. Luis Felipe Botero presenta el tema de las acciones populares frente a actos administrativos y contratos, sus avances o retrocesos; el Dr. Martín Bermúdez diserta sobre la moralidad administrativa como derecho colectivo. En el capítulo tercero se incluyen los importantes aportes desde el Ministerio Público.

Al final, en los anexos, se incluyen las relatorías de las ponencias presentadas en el “Seminario las acciones populares y de grupo. Balance de los 10 años

de la Ley 472 de 1998. Diagnóstico, retos y perspectivas” (agosto de 2008), las cuales hacen algunos balances institucionales en torno a la Ley 472 de 1998:

- 1) Balance del Ministerio Público con dos presentaciones, una de la Defensoría del Pueblo y otra de la Procuraduría General de la Nación.
- 2) Balance del constituyente y el legislador en torno a la ley de acciones populares y de grupo. En este balance se encuentran las presentaciones realizadas por los doctores Juan Carlos Esguerra, exconstituyente y catedrático destacado, y el senador Héctor Helí Rojas, quien presenta la perspectiva desde el trabajo en el Congreso de la República.
- 3) Balance a los operadores judiciales. Aquí se presentan las relatorías de las ponencias de los doctores Alier Hernández, Fabián Marín y Ruth Stella Correa Palacio.
- 4) Finalmente están las relatorías de otros aportes al tema de los derechos colectivos. En este aparte de encuentran los aportes del Dr. Roberto León Parilli, presidente de ANAUCA (Alianza Nacional de Usuarios y Consumidores) Venezuela, con su ponencia “Los derechos de usuarios y consumidores en el derecho venezolano”, y los aportes de la ponencia “Las acciones de grupo en el nuevo escenario de los tribunales de arbitramento” del Dr. Hernando Herrera Mercado, director de la Especialización de Arbitraje de la Universidad del Rosario.

Por el soporte de las calidades académicas de quienes participaron en la investigación y en el seminario, estamos seguros de que ésta se convertirá en un hito para el futuro de las discusiones académicas y políticas en materia de acciones colectivas en Colombia.

No resta sino agradecer a la Defensoría del Pueblo por el apoyo académico y económico a la investigación, al seminario y al libro, a través de su equipo de la Dirección de Recursos y Acciones Judiciales, liderado por el Dr. Eduardo Realpe, y del Fondo para la Defensa de Derechos e Intereses Colectivos que allí se coordina. Reconocer el acompañamiento y colaboración de la Corporación Excelencia en la Justicia en estos importantes esfuerzos investigativos, así como los aportes de la Cámara de Comercio, la Confederación Colombiana de Consumidores y el bufete de abogados Jinete & Asociados de Cali.

Capítulo 1

Resultados de la investigación “Diagnóstico del Impacto de la Ley 472 de 1998 en sus primeros 10 años”

I. Balance de la Universidad del Rosario ¿Progresividad o regresividad en la protección de los derechos colectivos como derechos humanos?

Beatriz Londoño-Toro*

Gerardo Figueredo-Medina**

Angélica González-Acosta**

1. Introducción

Las acciones populares y de grupo son los mecanismos constitucionales implementados por el constituyente, para lograr la protección efectiva y eficaz de los derechos colectivos como nueva categoría de derechos humanos. Los derechos colectivos, o derechos de solidaridad, son reconocidos en la Constitución Política de 1991 como una respuesta a las transformaciones, realidades y nuevas problemáticas de las sociedades industriales, donde el riesgo de lesiones afecta no solo el interés de una persona sino simultáneamente a varios individuos que forman un sujeto colectivo con una voluntad y un interés común, objeto de protección.

Los derechos colectivos son reconocidos como derechos humanos plenamente justiciables, no son exigencias morales que se hacen a la administración. Tienen varios fundamentos comunes, entre los que se destaca la solidaridad intergeneracional y la interrelación con los demás derechos humanos. Su titularidad es difusa (individual colectiva) y su justiciabilidad no se centra en la realización de daños sino que es suficiente la amenaza de vulneración. Muchos de estos derechos colectivos comparten su naturaleza jurídica con los derechos económicos sociales y culturales, y, por tal razón, requieren de acciones presu-

* Directora de Grupo de Investigación en Derechos Humanos.

** Candidatas a magíster en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario, Jóvenes investigadores del Grupo de Investigación en Derechos Humanos de la Universidad del Rosario. Facultad de Jurisprudencia.

puestales para hacerlos efectivos, pues son derechos de articulación material compleja Bunge¹ y su realización implica planear gasto público. Estos derechos en Colombia se encuentran consagrados a nivel constitucional y legal, y poseen mecanismos judiciales propios de tutela judicial, como lo son las acciones populares y de grupo.

Preocupados por la garantía y satisfacción integral de los derechos humanos al interior del Estado colombiano como Estado Social y Democrático de Derecho, el Grupo de Investigación en Derechos Humanos de la Universidad del Rosario ha venido realizando un estudio y seguimiento a las sentencias de acciones populares y de grupo pronunciadas por jueces y magistrados administrativos, tomadas como herramientas de protección constitucional durante estos años, es decir, desde agosto de 1998 hasta la fecha. Diez años de seguimiento de los diferentes pronunciamientos jurisprudenciales han permitido identificar las fortalezas y debilidades de estas herramientas al interior de la rama judicial, Corte Constitucional, Consejo de Estado, tribunales administrativos y juzgados administrativos.

En esta investigación es de especial importancia la revisión del período en el cual entraron en funcionamiento los juzgados administrativos (2006-2008) y la comparación de esos resultados con las tendencias observadas en el Consejo de Estado (1999-2008).

El mayor desarrollo de las acciones populares se presenta en Estados Unidos e Inglaterra, con las denominadas *class action*, o acciones de clase, comenzando su despegue en países de tradición romanista y civilista. En el ordenamiento jurídico colombiano encontramos los antecedentes en el código civil y en el estatuto del consumidor; siendo este último el objeto de estudio de Sarmiento Palacio,² el cual ofrece el principal antecedente de estudio en el tema. La Ley 472 de 1998, también llamada ley de acciones populares y de grupo, es un avance importante en la protección de los derechos colectivos por dos razones: primero, porque supera las dificultades propias de positivismo jurídico y,

¹ Bunge, Mario, "¿Personas, sociedades o ambas? El Enfoque sistémico de los problemas sociales", 2008 Documento disponible en http://www.fundacioernestlluch.org/doc_items/actualitat/Copia_de_II_Conferencia_Anual_Ernest_LLuch-Mario_Bunge.pdf

² Sarmiento Palacio, Germán. *Las acciones populares en el derecho privado colombiano*. Colección bibliográfica. Bogotá: Banco de la República, 1988.

segundo, porque ostenta características que responden a la estructura de nuestro Estado Social de Derecho.

La ley de acciones populares y de grupo significó un paso hacia adelante de nuestro sistema jurídico que se adapta a las nuevas concepciones y estructuras socioeconómicas del mundo moderno, al permitir la protección de esta nueva categoría de derechos humanos. En relación con las acciones populares resaltamos en esta investigación su carácter preventivo, su amplia legitimación por activa, y su consagración de figuras novedosas como el amparo de pobreza para acciones constitucionales, la audiencia especial para pacto de cumplimiento, el reconocimiento de un incentivo económico para el actor, la oficiosidad y papel activo del juez en el trámite del proceso, el comité de verificación y seguimiento de la sentencia, entre otras figuras tendientes a lograr la efectividad de la acción. En cuanto a la acción de grupo, es un mecanismo que facilita la protección de derechos de contenido subjetivo, prestacional y colectivo en atención a los principios de eficacia, eficiencia y economía procesal.

Tanto las acciones populares, como las acciones de grupo son conquistas jurídicas y sociales de gran envergadura, pues han permitido la protección y el reconocimiento de una serie de derechos con grandes particularidades por su carácter indeterminado y difuso al hablar del titular de la protección, las cuales merecen un estudio integral. Por tales motivos el objetivo general de esta investigación se centró en identificar el impacto social que durante este tiempo ha generado la aplicación e interpretación de la Ley 472 de 1998 durante su vigencia, lo que nos sirve para evaluar hacia dónde van nuestros jueces y magistrados en la protección de derechos colectivos ¿progresividad o regresividad?

2. Metodología

La metodología empleada en el presente trabajo de investigación es “sintética interpretativa”,³ mediante los métodos cuantitativo y cualitativo.

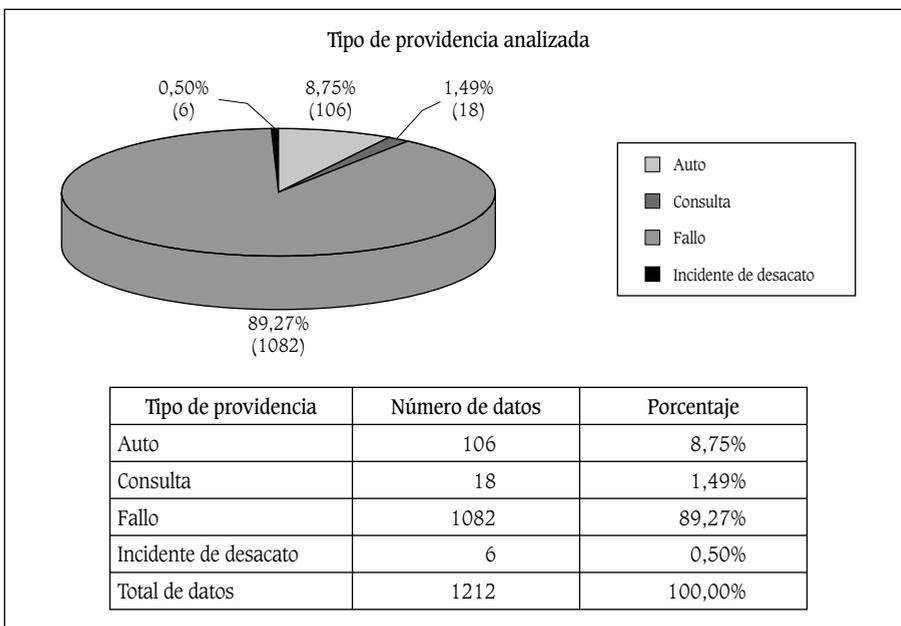
Los períodos examinados fueron: i) en materia de acciones populares proferidas por el Consejo de Estado en segunda instancia: 1998-2008, y ii) para el estudio de los juzgados administrativos de Bogotá: 2006-2008.

³ Vann, K. y Cole, M. “Method and methodology in interpretative studies of cognitive life”. en Z. Todd, B. Nerlich, s. McKeown y D. Clarke, Editores. *Mixing methods in Psychology*. pp. 149-167. Hove: Psychology Press. 2004.

Para el análisis cuantitativo se usaron las fichas de análisis jurisprudencial de las sentencias pronunciadas por el Consejo de Estado y los jueces administrativos, información que fue tabulada. Para el análisis cualitativo se realizaron entrevistas a jueces y magistrados de lo contencioso administrativo.

Las fuentes de información que se utilizaron para la recolección del material jurisprudencial fueron: i) la relatoría del Consejo de Estado en relación con las decisiones de dicha entidad, y ii) la oficina de apoyo y de registro de los juzgados administrativos de Bogotá. De igual manera se tuvieron en cuenta los resultados de investigaciones previas realizadas por del Grupo de Investigación en Derechos Humanos, con el apoyo práctico del Grupo de Acciones Públicas (GAP).

Cuadro 1. Muestra analizada en Consejo de Estado



Fuente: Elaboración propia con base en la información recolectada en la investigación.

En esta investigación se examinaron 1.212⁴ providencias del Consejo de Estado proferidas entre 1999 y 2008. Para el estudio de los juzgados adminis-

⁴ Es importante aclarar en este aspecto que el Consejo de Estado no tiene a disposición del público la totalidad de Acciones Populares en medio electrónico, de la forma como la Corte Constitucional con sus providencias judiciales. Si bien este aspecto puede parecer algo menor, es un cuestionamiento serio en

trativos de Bogotá, la muestra corresponde a 2 años de trabajo de dichos despachos, y correspondió a 79 providencias dictadas entre 2006 y 2008.

2.1. Los criterios de evaluación: progresividad o regresividad

2.1.1. *Tendencias progresivas en la aplicación de la Ley 472 de 1998*

El principio de progresividad es de gran importancia en la protección de los derechos colectivos como derechos humanos al interior de la jurisdicción, además se encuentra consagrado en el Protocolo de San Salvador (artículo 4). En virtud de los mandatos constitucionales, las instituciones del Estado deben buscar el desarrollo y el fortalecimiento de los recursos de los que disponen los ciudadanos para ver materializados los deberes y las obligaciones del Estado frente a ellos, a través de medios eficaces y eficientes, con un enfoque progresista en lugar de una regresividad en la implementación de mecanismos de protección, que garanticen un acceso a la jurisdicción y un fallo judicial efectivo.

Nikken⁵ define el concepto de progresividad de los derechos Humanos:

La progresividad a lo que apunta es al desarrollo y vigorización de los recursos de que dispone la persona para hacer efectivo el respeto a ese deber jurídico a cargo de los Estados. Precisamente, por tratarse de un deber cuyo cumplimiento es inmediatamente exigible, se han conjugado diversos factores para arbitrar medios cada vez más eficaces para reclamar su cumplimiento (p. 311).

Siguiendo esta línea, países como Brasil vienen fortaleciendo esta tendencia de realización progresiva de los derechos humanos proponiendo una “nueva teoría para el derecho de acción, concibiéndola como un **derecho fundamental**

torno al deber de publicidad que estas decisiones judiciales deben tener por el interés y los derechos en ellas involucradas. No sólo el seguimiento académico de las decisiones se dificulta, también la relevancia que tienen los casos se pierde; por esto las decisiones de gran relevancia pública pueden pasar desapercibidas.

⁵ Pedro, Nikken. *La Protección Internacional de los Derechos Humanos –su desarrollo progresivo–*, IIDH/Civitas, Madrid., 1987. p. 311.

que debe estructurar el legislador infraconstitucional de modo que permita la efectiva tutela del derecho material”.⁶

En Colombia, la ley de acciones populares y de grupo desde sus inicios se mostró como un instrumento real de garantía de los derechos humanos, avallada por los diferentes pronunciamientos de la Corte Constitucional en fallos de constitucionalidad y de tutela que evidencian el respeto al contenido y a la finalidad material de la Ley.

Las acciones colectivas son instrumentos de garantía real de los derechos humanos, e integran el sistema de mecanismos de protección de derechos que quiso el constituyente de 1991 en el artículo 88 de la Constitución Política. Estas tendencias se evidencian en los cuadros 2, 3, 4 y 5.

Los derechos más invocados en el ejercicio de acciones populares coinciden con una relación muy interesante con los derechos efectivamente garantizados por el Consejo de Estado: i) seguridad y salubridad pública, ii) medio ambiente sano, iii) espacio público, y iv) acceso a una infraestructura de servicios públicos domiciliarios y a que su prestación sea eficiente y oportuna.

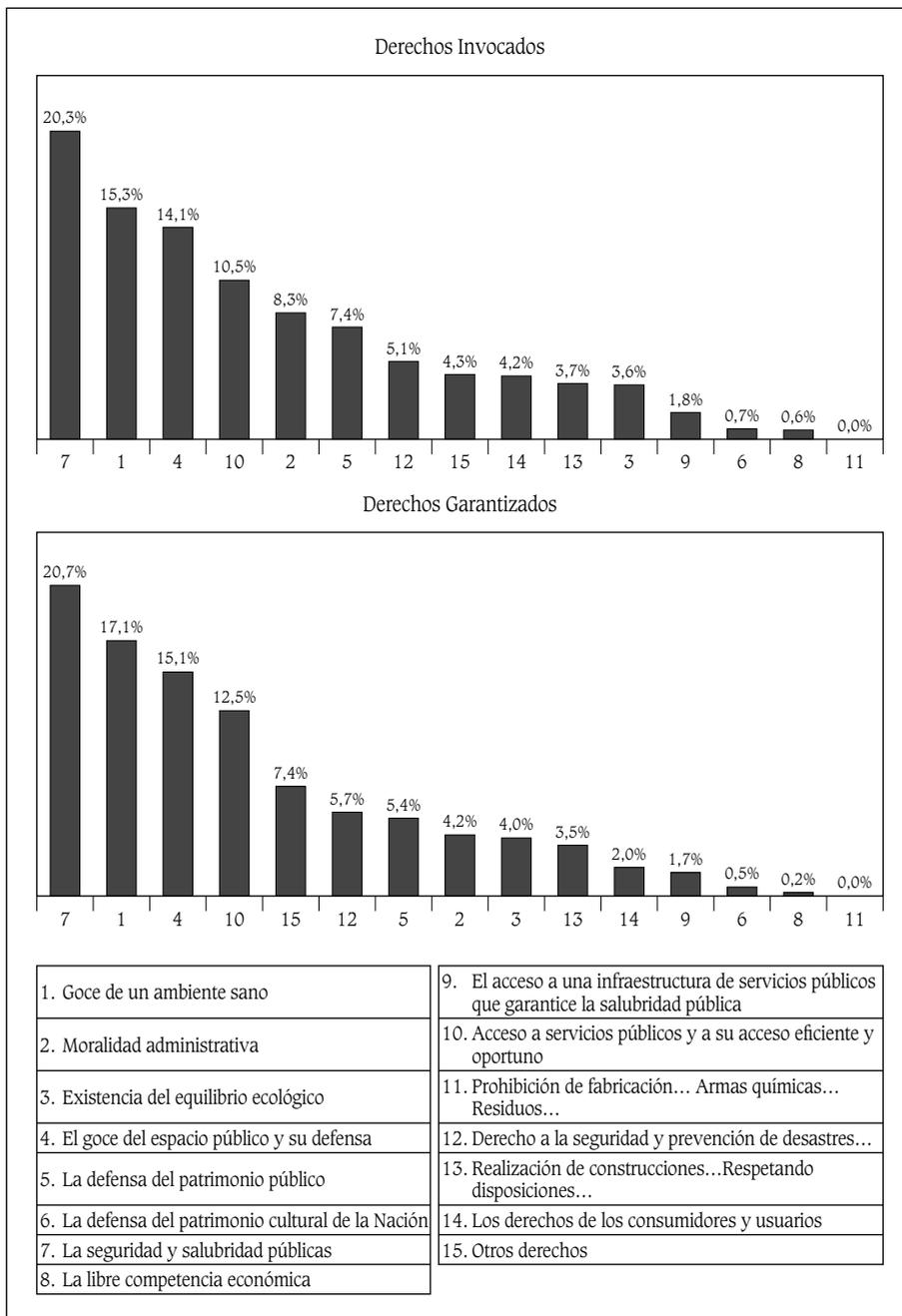
En el Cuadro 3 se observan las tendencias en los juzgados administrativos de Bogotá, donde el derecho colectivo más invocado es la moralidad administrativa, seguida del derecho al goce del espacio público, la seguridad y salubridad pública y el medio ambiente. En cuanto a los derechos garantizados por los jueces el orden surge de la siguiente manera: i) seguridad y salubridad públicas, ii) medio ambiente sano, iii) moralidad administrativa, y iv) espacio público.

Las acciones populares han permitido escuchar voces de alerta frente a las falencias del Estado y han servido de mecanismo de participación ciudadana en defensa de intereses colectivos, donde la mayoría de las acciones son interpuestas, en primer lugar, por personas naturales y luego por personas jurídicas, como organizaciones no gubernamentales, veedurías, juntas de padres de familia, etc.

El grupo de investigación considera que es un avance significativo el que aun se conserve la amplia legitimación para interponer las acciones. De igual forma estimamos que los actores populares asumen una gran responsabilidad social y así deben actuar, motivados en el principio de solidaridad y búsqueda de solución a los problemas colectivos que desbordan a Colombia.

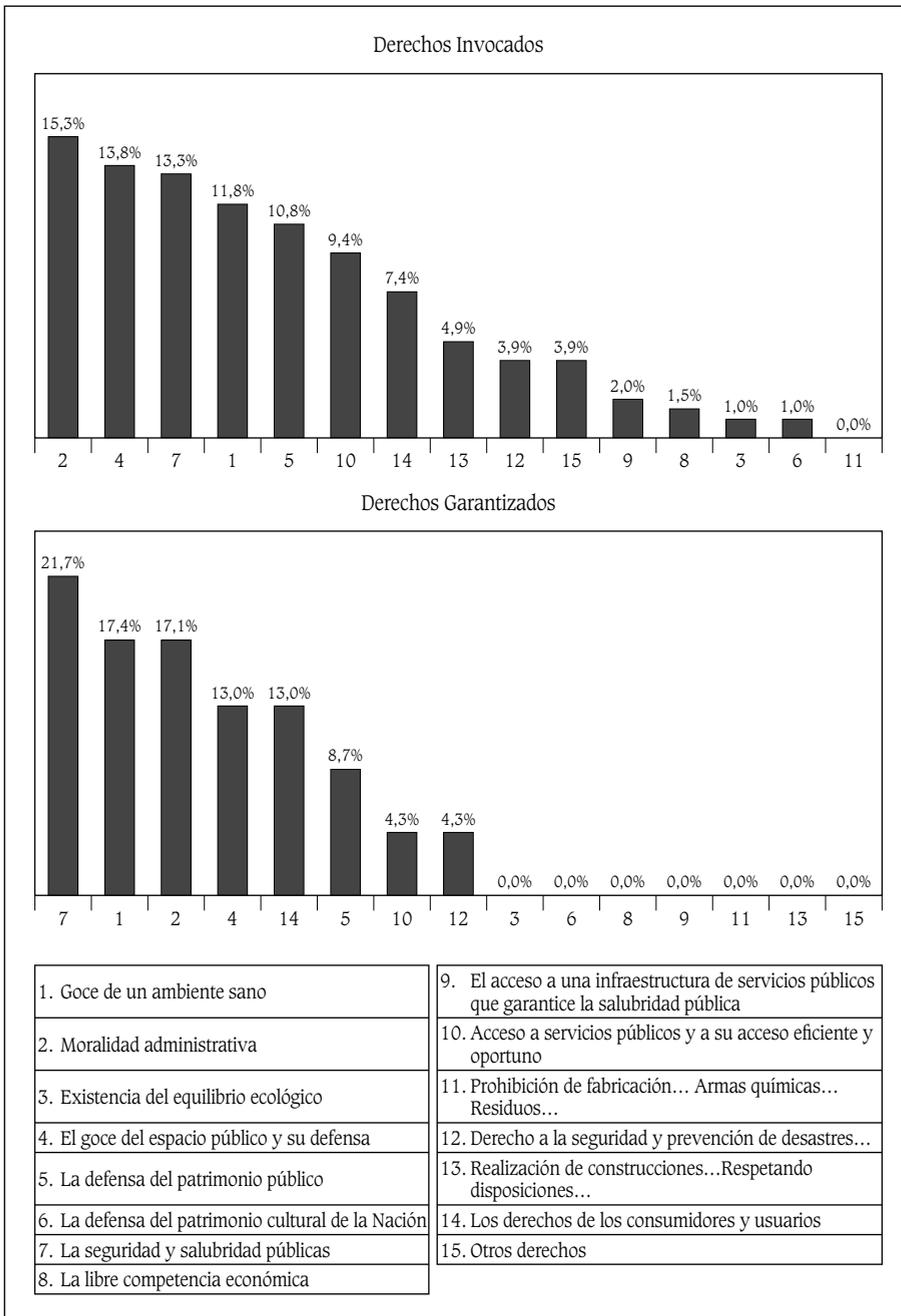
⁶ Luiz Guilherme, Marinoni “El Derecho de acción en la Constitución Brasileña”. En: *Revista Ius et Praxis*, VOL 13. No 2 Talca 2007. p. 1.

Cuadro 2. Integralidad en la defensa de los derechos colectivos y su protección Consejo de Estado



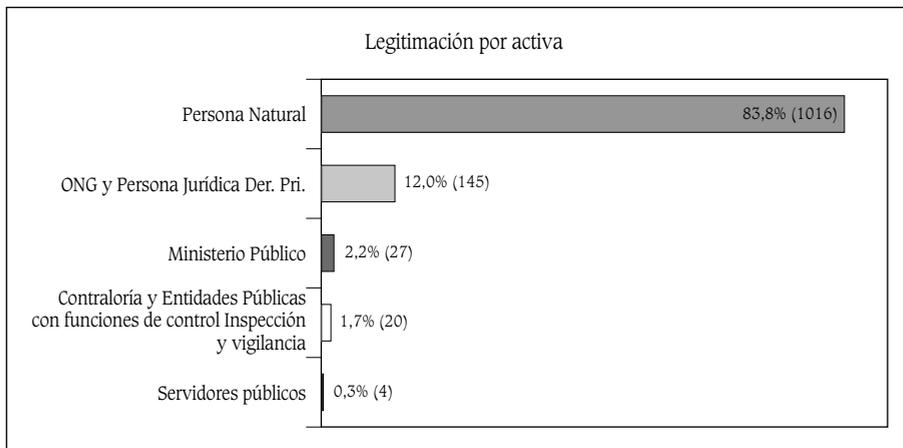
Fuente: Elaboración propia con base en la información recolectada en la investigación

Cuadro 3. Integralidad en la defensa de los derechos colectivos y su protección Juzgados Administrativos



Fuente: Elaboración propia con base en la información recolectada en la investigación

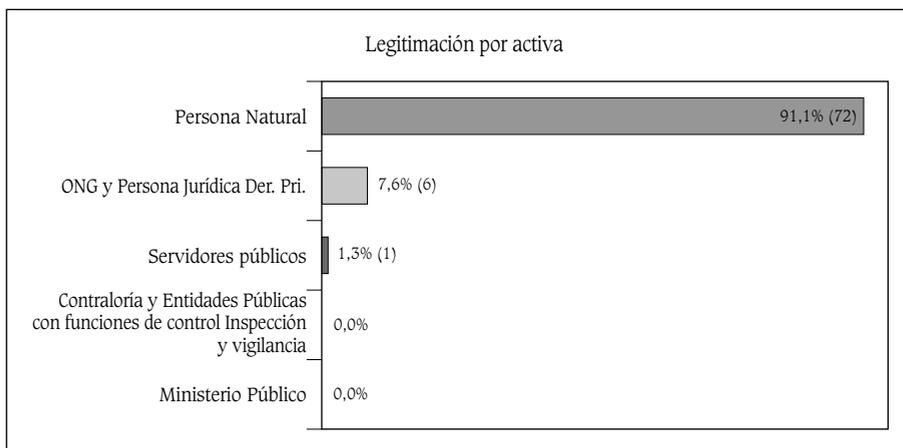
**Cuadro 4. En defensa de una legitimación por activa amplia y responsable.
Consejo de Estado**



Fuente: Elaboración propia con base en la información recolectada en la investigación

Esta misma tendencia se observa en los juzgados administrativos de Bogotá. Es preocupante la poca participación del Ministerio Público en la interposición y coadyuvancia de acciones populares. Debemos señalar que la entrada en funcionamiento de los juzgados administrativos facilita el ejercicio del derecho de acción por parte de la población en defensa de los intereses colectivos, por la cercanía y accesibilidad a la jurisdicción.

Cuadro 5. En defensa de una legitimación por activa amplia y responsable



Fuente: Elaboración propia con base en la información recolectada en la investigación

Consideramos como una evidencia importante de progresividad en la defensa de derechos colectivos, la regulación de medidas cautelares (artículo 25 de la Ley 472 de 1998) de protección inmediata del derecho o prevención de su vulneración, las cuales desafortunadamente poco se utilizan por los jueces y magistrados. Estas amplias posibilidades que trae la Ley 472 de 1998 se asimilan a las nuevas tendencias existentes en los tribunales y organismos internacionales de derechos humanos.

Son igualmente una muestra del rompimiento con los paradigmas del derecho procesal civil: la audiencia especial para pacto de cumplimiento, la aplicación del principio de precaución, la oficiosidad y papel activo del juez en estas acciones, y la figura novedosa, aunque poco utilizada por el Comité de verificación y seguimiento del pacto.

La Ley 472 de 1998 regula la figura del incentivo económico a favor del actor popular, cuando, mediante el uso del derecho de acción, se logra la materialización del derecho colectivo vulnerado o amenazado, figura procesal que estimula a la comunidad en su deber de solidaridad y labor altruista en la defensa de intereses de carácter colectivo.⁷

2.1.1. Tendencias regresivas en la aplicación de la Ley 472 de 1998

2.1.1.1. La estigmatización del incentivo para el actor popular

El incentivo para el actor popular se ha convertido en la figura más controvertida de las acciones populares, es el tema que más pronunciamientos jurisprudenciales ha generado, ha sido objeto de varias acciones de inconstitucionalidad resueltas por la Corte Constitucional y en los últimos años se ha vuelto un asunto recurrente en multitud de proyectos de ley presentados al Congreso de la República.

El siguiente cuadro resume los argumentos más frecuentes, tanto de defensa como de ataque, a la figura del incentivo económico en las acciones populares colombianas:

⁷ Beatriz, Londoño-Toro et ál. *Eficacia de las acciones constitucionales en defensa de los derechos colectivos*. Centro Editorial Universidad del Rosario, 2004, p 48.

Cuadro 6.

Posición restrictiva	Posición garantista
<ul style="list-style-type: none"> • No hay fines altruistas, hay intereses económicos privados • Si hay fallo estimatorio, el actor sale beneficiado no por hacer parte de la comunidad, sino por su aumento patrimonial • ¿Por qué una figura de normatividad privada está cubierta con un enfoque público? 	<ul style="list-style-type: none"> • Solidaridad No Implica Gratuidad C- 459/04 • Es un reconocimiento al actor diligente • Políticas nacionales dirigidas a establecer recompensas • La relación costo patrimonial y beneficio a corto y largo plazo, es inversa • Las garantías sociales deben tener inclinaciones a su ampliación

Fuente: Elaboración propia con base en la información recolectada en la investigación

La regulación sobre el incentivo en las acciones populares (artículos 34, 39 y 40 de la Ley 472 de 1998) señala que se trata de un derecho del actor popular cuando se logra el objetivo de la acción, es decir, la garantía de los derechos e intereses colectivos. Se establece que el juez en la sentencia debe determinar el monto del incentivo, lo cual significa que no es objeto del debate de la audiencia especial para pacto de cumplimiento, y si prospera la acción el juez debe señalar su monto entre 10 y 150 salarios mínimos legales mensuales vigentes. En los casos de moralidad administrativa se establece un incentivo especial, que corresponde al 15% del valor que se ordene recuperar para el Estado en las acciones de estos mismos casos, como una herramienta importante en la lucha contra la corrupción.

La sentencia C-459/04 (magistrado ponente: Jaime Araujo Rentarías) dice que el incentivo se encuentra acorde con enunciados constitucionales del Estado Social de Derecho, en especial el denominado “principio de solidaridad”, y su finalidad es el reconocimiento a la labor diligente del actor popular.

Al examinar esta sentencia y los argumentos del actor se observa cómo se condensa la tendencia regresiva, que busca limitar o desmotivar el ejercicio de acciones populares, en un intento por retroceder en las garantías ya reconocidas en el ordenamiento jurídico colombiano.

2.1.1.2. Indebida interpretación de la naturaleza jurídica y potencialidad de la audiencia especial para pacto de cumplimiento

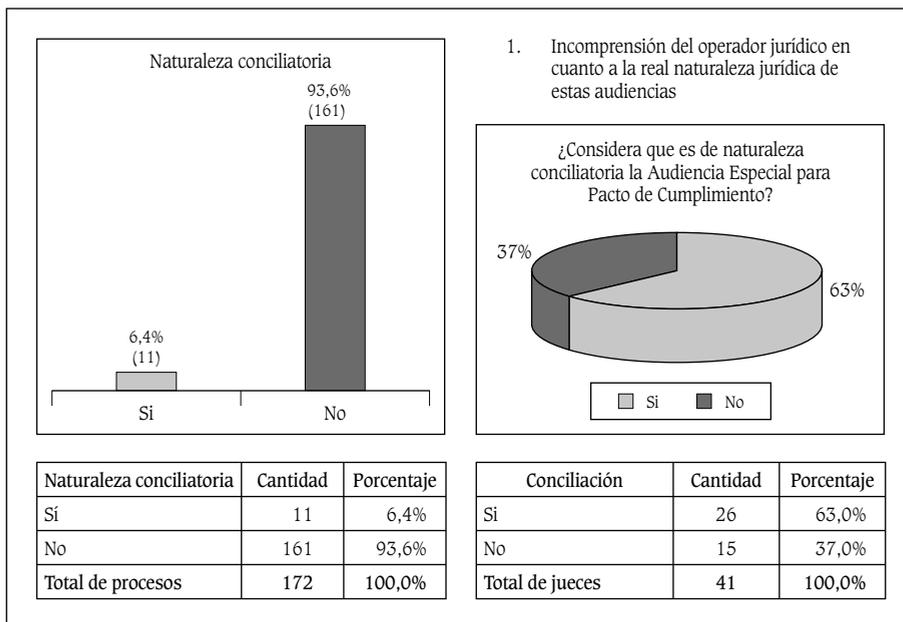
De conformidad con el artículo 27 de la Ley 472 de 1998, esta audiencia tiene como propósito determinar un posible proyecto de sentencia, que dé lugar a la efectiva protección del derecho colectivo vulnerado. Este proyecto es denominado pacto de cumplimiento, y su finalidad es proteger los intereses colectivos, los cuales no pueden ser objeto de disposición ni conciliación por los particulares, como lo enuncia Brage.⁸

En la práctica, los tribunales y jueces administrativos desconocen esta naturaleza y de dicha confusión se derivan consecuencias graves, como el desestímulo a la terminación de los procesos a través del pacto de cumplimiento, la negativa a reconocer incentivos cuando se logra el pacto de cumplimiento y la mirada privatista (asimilando el pacto de cumplimiento como una conciliación) que pone en riesgo los derechos e intereses colectivos que son protegidos por las acciones populares.

El Cuadro 7 evidencia el problema del desconocimiento de la naturaleza jurídica pública (interés público) de las audiencias especiales y los pactos que resultan de ellas:

⁸ Joaquín, Brage Camazano. *Procesos colectivos. La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada*, 2ª. Edición. Editorial Porrúa. Puede consultarse también: Brage Camazano, Joaquín, Reseña de "Procesos colectivos. La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada" de Antonio Gidi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXXIX, núm. 117, septiembre-diciembre de 2006, pp. 813-818. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/117/bib/bib9.htm>

Cuadro 7. Problemas identificados

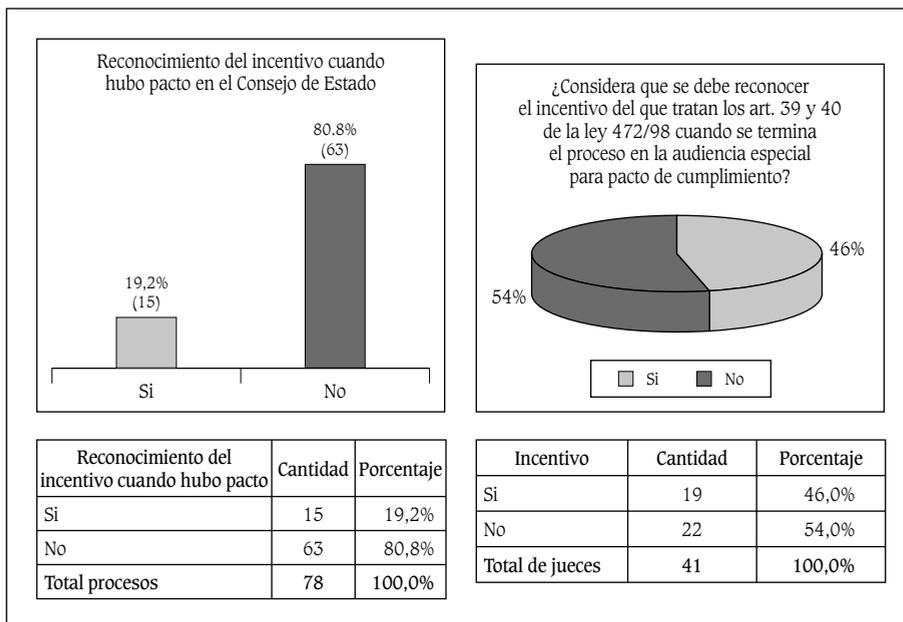


Fuente: Elaboración propia con base en la información recolectada en la investigación. Sentencias tabuladas del Consejo de Estado y encuestas realizadas a jueces administrativos de Bogotá.

Estas respuestas que se presentan corresponden a una encuesta que se les realizó a magistrados y jueces administrativos. Dentro del Cuadro 7 se puede observar, en la gráfica de barras y su respectivo cuadro, cómo es de clara la mirada para el Consejo de Estado en cuanto al interés público de estas audiencias negando la naturaleza conciliatoria, mientras que en los juzgados administrativos de Bogotá (en la gráfica de torta de la derecha y su cuadro), prima la tendencia opuesta y se considera equivalente a una conciliación, evidenciada en el mayor porcentaje positivo de respuesta a la pregunta planteada.

Como segundo tema se encuentra el reconocimiento del incentivo cuando se logra el pacto de cumplimiento. El Cuadro 8 muestra cómo los jueces administrativos, de acuerdo a la información analizada, han avanzado en este aspecto hacia el reconocimiento del incentivo, mientras que en el Consejo de Estado se niega el incentivo cuando en el trámite del proceso de acción popular se llega a un pacto de cumplimiento.

Cuadro 8. Incentivos en pacto de cumplimiento



Fuente: Elaboración propia con base en la información recolectada en la investigación. Sentencias tabuladas del Consejo de Estado y encuestas realizadas a jueces administrativos de Bogotá.

2.1.1.3. Los problemas derivados de la asignación de competencias en materia de acciones populares y de grupo a los jueces administrativos, a partir de 2006

Del análisis efectuado en la investigación, hemos detectado una tendencia regresiva en la jurisdicción administrativa desde que los juzgados administrativos comenzaron a funcionar, quienes se han mostrado renuentes a la procedencia de la acción popular. De igual forma existen tendencias regresivas en el Congreso de la República en los múltiples intentos por desconocer los avances de la Ley 472 de 1998, los cuales se pueden observar en los proyectos reformativos de ésta ley que se han tramitado.

Lo anterior resulta inconcebible teniendo en cuenta que ya se ha comprobado un avance en la implementación de los mecanismos de protección de los derechos colectivos, siendo inadmisibles esas tendencias regresivas en la protección

de estos derechos mediante la imposición de obstáculos al ejercicio del derecho fundamental de acción, en el sentido expuesto por Marinoni.⁹

De la información suministrada por la oficina de apoyo de los juzgados administrativos de Bogotá, encontramos que de los 2.057 procesos de acción popular, 1.419 (69%) son procesos nuevos de acciones populares, iniciados a partir del 31 de agosto de 2006, y 638 (31%) son acciones populares allegadas del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con la entrada en funcionamiento de los juzgados administrativos de Bogotá.

De los datos de 2.057 procesos de acción popular suministrados por la oficina de apoyo tomamos una muestra preliminar de 611 procesos, seleccionados de acuerdo con los estados procesales de mayor relevancia para nuestra investigación. De este ejercicio obtuvimos los siguientes resultados:¹⁰

Auto audiencia pública de pacto de cumplimiento	37 procesos de acción popular en este estado
Auto admite demanda	103 procesos de acción popular que admiten demanda
Auto decretando acumulación de procesos	2 procesos de acción popular
Auto inadmite demanda	45 demandas de acción popular inadmitidas
Auto que rechaza la demanda	283 demandas de acción popular rechazadas
Auto termina proceso por agotamiento de jurisdicción	18 demandas de acción popular rechazadas por agotamiento de jurisdicción
Auto termina proceso desistimiento	2 procesos de acción popular terminados por desistimiento
Auto rechaza <i>in limine</i> demanda	3 acciones populares rechazadas <i>in limine</i> . La Ley 472 de 1998 no prevé esta posibilidad
Sentencias de primera instancia	118 sentencias de acción popular proferidas por los jueces administrativos

Fuente: Elaboración propia

⁹ Luiz Guilherme, Marinoni. "El Derecho de acción en la Constitución Brasileña". En: *Revista Ius et Praxis*, VOL 13. No 2 Talca 2007.

¹⁰ Información suministrada por la oficina de apoyo de los juzgados administrativos de Bogotá. Información del 31 de agosto de 2006 al 11 de abril de 2008, correspondiente a los 44 juzgados administrativos de Bogotá: i) número de radicación, ii) nombre del demandante, iii) nombre del demandado, iv) número de juzgado, v) estado del proceso, y vi) ubicación de las sentencias de acciones populares.

Con el estudio efectuado se detectaron tres nuevas tendencias que son un obstáculo preocupante para el ejercicio del derecho de acción en la defensa y garantía de los derechos colectivos:

- a. *Agotamiento de vía gubernativa*: los jueces le exigen al actor agotar previamente el asunto objeto de discusión en vía administrativa (derecho de petición, recursos en vía gubernativa); lo cual merece las siguientes consideraciones:
 - La Ley 472 de 1998, en su artículo 10, es clara al consagrar el agotamiento opcional de la vía gubernativa “Cuando el derecho o interés colectivo se vea amenazado o vulnerado por la actividad de la administración, no será necesario interponer previamente los recursos administrativos como requisito para intentar la acción”.
 - Teniendo en cuenta que el derecho de acción es el derecho a la efectiva y real consecución de la tutela del derecho material, la obligación del previo agotamiento de la vía administrativa se contrapone a la garantía de amparo jurisdiccional, impide un real acceso a la justicia que no permite la materialización de los derechos identificados en la Constitución en caso de vulneración o amenaza.¹¹

- b. *Agotamiento de jurisdicción*: el agotamiento de jurisdicción busca evitar que se tramiten en forma paralela procesos que se refieran a los mismos hechos, objeto y causa. En estos casos la primera persona que ejerce el derecho, tendiente a controvertir una determinada situación, lo hace en representación de las demás personas pertenecientes a la sociedad. De tal manera que el juez, cuando constata que ha acaecido el agotamiento de jurisdicción en un determinado evento, rechaza la demanda que versa sobre asuntos ya debatidos o en curso y, si hay lugar a ello, procede a anular todo lo actuado en dicho proceso.

¹¹ Luiz Guilherme, Marinoni. “El Derecho de acción en la Constitución Brasileña”. En: *Revista Ius et Praxis*, VOL 13. No 2 Talca 2007.

Esta tendencia merece las siguientes consideraciones:

- El derecho de acción debe ir más allá de la simple resolución de un litigio. Se debe propender por la protección material del derecho y no por la imposición de obstáculos que impidan la tutela judicial efectiva del derecho colectivo. Solo una adecuada técnica procesal garantizará la satisfacción del derecho material.
- La creación de esta figura jurisprudencial restringe no sólo el ejercicio del derecho de acción sino también la posibilidad de lograr la materialización de los derechos colectivos amenazados o vulnerados, lo cual es un obstáculo procesal que impide el fortalecimiento de la acción colectiva (mediante la presentación de nuevas pretensiones, hechos, pruebas, argumentos, entre otros) y el uso de otras figuras procesales más idóneas consagradas en la ley, como es la acumulación de demandas o de procesos.
- Es una figura que no se adecua a su nombre, teniendo en cuenta que en esta etapa inicial aun no se agota la jurisdicción, por el contrario, se está empezando a conocer del caso. Si bien se ha tenido acceso a la jurisdicción, aun no se ha agotado por no existir un proceso terminado.

Asimismo se detectaron varios casos de rechazo *in limine* de las demandas de acción popular, aspecto que no es contemplado en la Ley 472 de 1998.

- c. *Desistimiento del proceso de acción popular*: de la información suministrada por la oficina de apoyo encontramos dos procesos de acción popular terminados por desistimiento, figura que tampoco es considerada por la Ley 472 de 1998. Esta es una tendencia regresiva alarmante, si se tiene en cuenta que la Ley no consagra esa posibilidad, y que por la naturaleza de los derechos colectivos que se protegen, la ley otorga al juez amplias facultades oficiosas y el deber de impulsar el proceso.¹²

¹² Beatriz, Londoño-Toro et ál. *Eficacia de las acciones constitucionales en defensa de los derechos colectivos*. Centro editorial Universidad del Rosario, 2004, p 42.

El Cuadro 9 muestra, a manera de ejemplo, las diferencias existentes entre las argumentaciones y las conclusiones de los jueces administrativos y el Consejo de Estado, evidenciado que se agudizan algunas tendencias negativas a la garantía de los derechos colectivos y que cada vez existen mayores dificultades en la unificación del precedente judicial en torno al tema de acciones populares. Alrededor de esto surge la pregunta ¿están dispuestos los jueces y tribunales administrativos a continuar con las diferentes líneas jurisprudenciales sentadas por el Consejo de Estado, que contribuyeron al fortalecimiento y eficacia de esta herramienta constitucional tendiente a proteger los derechos colectivos como derechos humanos?

Cuadro 9.

Tema	Consejo de Estado	Jueces administrativos
Agotamiento de vía gubernativa	<p>AP 70001-23-31-000-2005-00377-01 “Para iniciar la acción popular no es necesario hacer requerimientos administrativos a las autoridades demandadas porque según el artículo 10 de la Ley 472 de 1998 el agotamiento de la vía gubernativa es opcional, y que cuando el derecho o interés colectivo se vea amenazado o vulnerado por la inactividad de la administración no será necesario interponer los recursos administrativos”.</p> <p>AP 25000-23-27-000-2005-00986-01 “Sin que pueda exigirse como requisito de procedibilidad para su admisión el agotamiento previo de la vía gubernativa ni la constitución en renuencia de la autoridad demandada, por no haberlo previsto así el legislador”.</p>	<p>AP 2008-324 “Conviene recordar que el artículo 10 de la Ley 472 de 1998 prevé que tratándose de la actividad de la administración no se requiere de agotamiento previo de la vía gubernativa; sin embargo, cuando dicho desconocimiento se origina en una omisión de la administración, resulta imperativo que se acuda primero ante ella para luego sí solicitar la intervención del juez constitucional, si la actitud omisiva de aquella persiste”.</p>
Acumulación de acciones vs. agotamiento de jurisdicción	<p>La Sección Tercera del Consejo de Estado en auto de 22 de noviembre de 2001 AP 218 aceptó la acumulación de procesos en acciones populares.</p>	<p>AP 25000-23-27-000-2004-00292-02 “Las acciones que con posterioridad se presenten con identidad de hechos o pretensiones deben rechazarse por agotamiento de jurisdicción”.</p>

Continúa

Tema	Consejo de Estado	Jueces administrativos
Desestímese las pretensiones pero protéjase el derecho colectivo	<p>Consejo de Estado AP – 527- 07</p> <p>“PRIMERO. (...) AMPÁRANSE los derechos e intereses colectivos relacionados con el derecho al goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público, la defensa del patrimonio público, la seguridad y salubridad públicas, el acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública, y los derechos de los consumidores y usuarios.</p> <p>...SEGUNDO. En consecuencia, RECONÓCESE al demandante el valor equivalente a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes a título de incentivo, el cual deberá ser pagado por el municipio de Tunja (Boyacá).</p> <p>...TERCERO. Nada se dispone respecto a la protección de los derechos colectivos cuyo amparo se concede, toda vez que las medidas para ese efecto se adoptaron estando en curso la actuación procesal. Cúmplase”.</p>	<p>AP 25000 23 15 000 2005 00251 01</p> <p>“CUARTO. <u>NEGAR</u> las pretensiones formuladas en la demanda de acción popular formulada a través de la Asociación Participación Ciudadana Anticorrupción Colombia Democrática (APCAD) de conformidad con lo expuesto en el presente proveído.</p> <p>...QUINTO. <u>ORDENAR al Departamento Administrativo de la Defensoría del Espacio Público que realice las labores en orden a coadministrar, entregar en concesión o las que estime necesarias para el debido funcionamiento del inmobiliario urbano que corresponde al puente peatonal en inmediaciones de la Fundación Universidad de América.</u></p> <p>De lo realizado, deberá presentarse un informe con destino a este despacho.</p>

Fuente: Elaboración propia

2.1.1.4. Tendencias regresivas del legislador

En materia legislativa existen también tendencias regresivas en la defensa de derechos colectivos, las cuales se evidencian en los siguientes cuadro que resumen los tres temas recurrentes en los proyectos de ley: i) legitimación por activa, ii) incentivos y iii) audiencia especial para pacto de cumplimiento.

Son varios los proyectos que han buscado restringir la amplia legitimación por activa consagrada en la Ley 472 de 1998, artículo 12. En el Cuadro 10 se encuentra una síntesis de la argumentación de cada uno de esos proyectos y la posición del grupo de investigación que reitera la importancia de mantener la amplia posibilidad de defensa de los derechos e intereses colectivos por cualquier persona: natural, jurídica, nacional o extranjera, pública o privada.

Cuadro 10. Legitimación

P.L. 96 de 2004 - Senado	P.L. 43 de 2005 - Senado	P.L. 052 de 2005 - Cámara
<ul style="list-style-type: none"> Falta de “sentido de pertenencia social y territorial con la colectividad” 	<ul style="list-style-type: none"> Congestión judicial Elusión de normas de caducidad y legitimación 	<ul style="list-style-type: none"> Falta de “sentido de pertenencia social y territorial con la colectividad”
<ul style="list-style-type: none"> “Pueden ser interpuestas por cualquier persona a nombre de la comunidad sin exigirse requisito sustancial de legitimación [...El] actor es un verdadero defensor del interés público” Sentencia C - 377 de 2002 M.P.: Clara Inés Vargas. Limitar su ejercicio además, elimina la posibilidad ciudadana de participar y evaluar la actuación de la administración relacionada con derechos colectivos. 		

Fuente: elaboración propia

En materia de incentivos se reiteran los proyectos que buscan eliminarlos. Esta tendencia se presenta luego de la Sentencia de la Corte Constitucional (C-459 de 2004) que reafirma su constitucionalidad e importancia dentro de la garantía de derechos colectivos. Los enemigos de los incentivos, al no lograr su objetivo con la demanda de inexequibilidad, al parecer inician una campaña en el Congreso a través de una serie de proyectos de ley, los cuales se pueden observar en Cuadro 11 con algunos de los argumentos planteados.

En la parte baja de ese cuadro se encuentran los argumentos del Grupo de Investigación en Derechos Humanos, quienes consideran que esta figura es un estímulo al ejercicio de acciones en defensa de derechos humanos colectivos, que carecen de dolientes y que generalmente se ven amenazados o vulnerados por la inactividad del Estado.

Otro argumento importante tiene que ver con la realidad del reconocimiento de los incentivos, la cual constatamos en el ejercicio de la investigación, pues en la mayoría de los casos los jueces sólo conceden 10 salarios mínimos mensuales legales vigentes y nunca condenan en costas a los demandados. A esto le sacamos una sencilla conclusión: la defensa de los derechos e intereses colectivos tiene un costo muy bajo frente a los resultados que se derivan de esta labor solidaria y garantista de los ciudadanos colombianos.

Cuadro 11. Incentivos

P.L. 96 de 2004 - Senado	P.L. 43 de 2005 - Senado	P.L. 052 de 2005 - Cámara	P.L. 074 de 2006 - Cámara	P.L. 23 de 2006 - Senado	P.L. 87 de 2007 - Cámara
<ul style="list-style-type: none"> • Congestión Judicial • Interés particular 					
			• Cuantía		• Cuantía
<ul style="list-style-type: none"> • “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 de materialización y preservación de determinados bienes jurídicos de especial connotación social” Sentencia C-459 de 2004. M.P.: Jaime Araujo Rentería. • Los incentivos no son un invento de la Ley 472. • Relación Derechos invocados - Derechos protegidos. 					

Fuente: elaboración propia

Finalmente, ha sido objeto de ataque la audiencia especial para pacto de cumplimiento. En el siguiente cuadro se presentan los proyectos y argumentos. Como en los anteriores cuadros, en la parte final se encuentran los argumentos del grupo de investigación.

Cuadro 12. Audiencia especial de pacto de cumplimiento

P.L. 96 de 2004 - Senado	P.L. 43 de 2005 - Senado	P.L. 052 de 2005 - Cámara
• Principio de equidad.	<ul style="list-style-type: none"> • Acuerdos parciales. • “Irrevocabilidad del pacto”. 	• Principio de equidad.
<ul style="list-style-type: none"> • “Hace efectivos los principios de eficacia, economía y celeridad (art. 209, C.P.).[...su objetivo corresponde a] que las partes puedan llegar a un acuerdo de voluntades para obtener el oportuno restablecimiento y reparación de los perjuicios ocasionados a los derechos e intereses colectivos, dando con ello una terminación anticipada al proceso y solución de un conflicto y por ende, un menor desgaste para el aparato judicial.” Sentencia C - 215 de 1999 M.P.: Martha Victoria Sáchica. • Además, permite la participación de la comunidad afectada, actores interesados, Ministerio Público y demás personas interesadas en la búsqueda de soluciones a la vulneración o amenaza de derechos colectivos. 		

Fuente: Elaboración propia

2.1.1.5. No prejudicialidad

Se considera una tendencia regresiva la reciente propuesta de implementar un mecanismo administrativo prejurisdiccional (antes de la jurisdicción), como requisito de procedibilidad antes de acudir a la jurisdicción contencioso para la garantía de los derechos e intereses colectivos. Estimamos que esta idea va en contravía del derecho de acción y la tutela jurisdiccional efectiva de los derechos colectivos, ambos consagrados constitucionalmente.

El fundamento de esta propuesta es la posición de los jueces administrativos, quienes invocan la congestión judicial como excusa para retroceder en las garantías constitucionales alcanzadas. De esta forma, lo que se busca es evitar el volumen de casos nuevos que se conocerán por la jurisdicción.

Hacer una aproximación al tema de congestión de la justicia no es fácil, dada su complejidad y al ser un tema que no puede ser abordado exclusivamente desde una perspectiva jurídica. Según Ramos Rollón,¹³ los aspectos involucrados en este fenómeno incluyen, además de los jurídicos, los económicos, políticos y los sociales.

En torno a la congestión judicial administrativa en Colombia encontramos dentro de la investigación la reiterada posición de Torres Calderón, en muchos de sus escritos,¹⁴ y de Ariza de Zapata¹⁵ como perspectivas judiciales, la de Ballén¹⁶ desde la academia, y la de Parody¹⁷ como un ejemplo de la postura de los legisladores sobre el tema.

La perspectiva de Torres Calderón, recurrente en muchos de sus escritos, es que el volumen de los procesos que hay en la jurisdicción de lo contencio-

¹³ Marisa Ramos Rollón. El poder judicial: la justicia. Disponible en: www.usal.es/~dpublico/areacp/materiales/4.3.poderjudicial.pdf

¹⁴ Se trata de una visión reiterada de éste autor, que expone la perspectiva particular de los jueces administrativos. Muchas de las soluciones que plantea el autor están encaminadas a reformar la ley a fin de eliminar incluso acciones constitucionales o establecer mecanismos para evitar que los jueces avoquen el conocimiento de muchos procesos.

Torres Calderón, Leonardo Augusto. "Los juzgados administrativos. ¿Son la solución a la congestión de la jurisdicción?" En *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores de la Facultad de Derecho*, Vol. 10, Nº. 19, 2007. pp. 163-178. Torres Calderón, Leonardo Augusto. "Los juzgados administrativos: ¿descongestionan la jurisdicción?" En *Dikaion: revista de actualidad jurídica*. Nº. 15, 2006. Torres Calderón, Leonardo Augusto. "La descongestión en la jurisdicción contencioso administrativa". En *Dikaion: revista de actualidad jurídica*. Nº. 13, 2004. Torres Calderón, Leonardo Augusto. "La descongestión en la jurisdicción contencioso administrativa. Una visión desde el tribunal Administrativo de Cundinamarca". En *Revista Estudios Socio-Jurídicos*. Vol. 6, Nº. 2, 2004, pp. 209-228. Torres Calderón, Leonardo Augusto. "Reflexiones sobre la congestión judicial en la jurisdicción de lo contencioso administrativo colombiana". *Dikaion: revista de actualidad jurídica*. Nº. 11, 2002.

¹⁵ Ariza de Zapata, Beatriz. "El juez, director del proceso en la jurisdicción contencioso administrativa. Mejores prácticas para una pronta y cumplida justicia". En *Revista Estudios Socio-Jurídicos*. Vol. 8, Nº. 1, 2006, pp. 126-142.

¹⁶ Ballén 2006

¹⁷ Gina Parody, Zapatero a tus zapatos. Disponible en: http://www.ginnaparody.com/prensa/columnas/zapatero_zapatos.htm Última consulta: 16/06/2008 06:22:36 p.m.

so administrativa es alto. Torres Calderón¹⁸ presenta un pequeño balance del crecimiento de los procesos administrativos en un período de 23 años, 1980-2003, para el caso del tribunal administrativo de Cundinamarca. El contraste es de 13.000, en 1980 a 48.000 procesos en el año 2003.

Parte de la explicación del crecimiento de los números la atribuye a las acciones constitucionales. Sin embargo, debemos tener en cuenta que en el trabajo de Torres Calderón se presentan las cifras de forma global y no se puede apreciar el crecimiento del volumen de procesos anualmente; por este motivo es difícil creer que ese incremento tiene una relación directa con las acciones constitucionales creadas en 1991, especialmente si se recuerda que varias de esas acciones fueron implementadas legalmente sobre el final de la década de los noventa (en 1997 la acción de cumplimiento y en 1998 la acción popular). Es decir, se puede descartar cuantitativamente la premisa, por una presentación insuficiente de datos, de que las acciones constitucionales en 5 años, 1998-2003, fueron las que ocasionaron la acumulación de los procesos en la jurisdicción contencioso administrativa en el período 1980-2003.

Otro trabajo de Torres Calderón¹⁹ dice que las “medidas de ataque” a la congestión judicial con base en aumento de personal es insuficiente. Para sustentar esto él no presenta datos en torno a los efectos de una medida en ese sentido, sino que plantea que es necesario modificar la ley para obtener solución al problema de la congestión judicial administrativa.

Ariza de Zapata²⁰ tiene una perspectiva un poco diferente, y las agrupaciones que hace en torno a las causas de la congestión de la jurisdicción administrativa son mucho más amplias, ya que del listado de siete causas de la congestión sólo una, en estricto sentido, es atribuida a las acciones constitucionales. Esto quiere decir que Ariza de Zapata reconoce que el problema de la congestión judicial no se explica únicamente desde la perspectiva normativa,

¹⁸ Torres Calderón, Leonardo Augusto. “La descongestión en la jurisdicción contencioso administrativa”. *Dikaion: revista de actualidad jurídica*, N°. 13, 2004.

¹⁹ Torres Calderón, Leonardo Augusto. “La descongestión en la jurisdicción contencioso administrativa. Una visión desde el tribunal Administrativo de Cundinamarca”. En *Revista Estudios Socio-Jurídicos*. Vol. 6, N°. 2, 2004, pp. 209-228.

²⁰ Ariza de Zapata, Beatriz. “El juez, director del proceso en la jurisdicción contencioso administrativa. Mejores prácticas para una pronta y cumplida justicia”. En *Revista Estudios Socio-Jurídicos*. Vol. 8, N°. 1, 2006, pp. 126-142.

por eso propone un papel del juez más activo para hacer más ágil la jurisdicción administrativa.

En torno a la perspectiva de los legisladores, Parody²¹ indica que el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, no tiene una visión y gestión adecuada de recursos financieros, lo cual se refleja en la demora del trámite de los procesos. Otro aspecto que muestra es que la forma en que se toman las decisiones financieras en la Rama Judicial no son lo suficientemente ágiles al ser decididas en forma colegiada. Es decir, que la congestión judicial es un reflejo de la atasco en la toma de decisiones financieras en dicha Rama.

Podemos afirmar que la visión estrictamente financiera del problema es igualmente parcializada. Es decir, se puede expiar fácilmente a la jurisdicción administrativa como causante de la congestión judicial; es posible proponer reformas legislativas y financieras a la administración de justicia como paliativos a la situación, pero serán ineficientes si consideramos que una Rama Administrativa “irresponsable” siempre será fuente de un buen número de procesos judiciales contra ella. Bajo una perspectiva amplia que considere las múltiples causas de la congestión judicial, una buena forma de descongestionar la jurisdicción administrativa es haciendo que la Administración sea responsable en su gestión, por ejemplo que responda los derechos de petición, generando de esta manera menos litigiosidad, o bien haciendo que su actuar genere menos litigiosidad. Es cuestionable, desde una perspectiva de derechos humanos, que para tener una “justicia al día” sea necesario hacer recortes de competencia a la justicia contencioso administrativa.

Es posible, desde una perspectiva financiera y de manejo de volumen de procesos, reducir el gasto público en justicia y disminuir legislativamente el número de acciones contencioso administrativas potenciales, a costo de perder en los tribunales de derechos humanos internacionales por manipular artificialmente los indicadores de una justicia al día, pero incapaz de reconocer los procesos en contra del Estado por violación a derechos fundamentales y derechos e intereses colectivos.

²¹ Gina Parody, *Zapatero a tus zapatos*. Disponible en: http://www.ginnaparody.com/prensa/columnas/zapatero_zapatos.htm Última consulta: 16/06/2008 06:22:36 p.m.

Son frecuentes los estudios que presentan a las acciones constitucionales como causantes de la congestión judicial. Las acciones de tutela, populares de grupo y cumplimiento, no son otra cosa que simples mecanismos de actuación y control ante la jurisdicción administrativa. Son mecanismos de defensa de derechos de los ciudadanos, de los derechos fundamentales y los derechos e intereses colectivos ante el Estado.

En otras palabras, reformar la configuración de estos mecanismos implica la afcción directa de estos derechos. La consecuencia desde una perspectiva de control, que se hace desde la jurisdicción a la administración, es que la configuración de reformas a la administración de justicia puede hacer que la administración tenga un mayor campo para afectar derechos fundamentales y derechos e intereses colectivos, con la garantía de no ser llevada ante la jurisdicción para responder por sus excesos u omisiones. La imposición de mecanismos de descongestión judicial, no debe articularse de forma que permita establecer mecanismos de elusión de responsabilidad (o incluso impunidad) por parte de la misma administración.

3. Conclusiones

La agenda pendiente

Se requiere hacer una alerta a la academia, a las organizaciones sociales y a las instituciones del Estado para defender las acciones populares y de grupo como una conquista jurídica, política y social de los colombianos.

Se vislumbran nuevos tiempos para las acciones populares. Es muy importante el paso que se dio con la de ley de reforma a la ley estatutaria de la justicia, la cual fue examinada por la Corte Constitucional. En ella se establece un recurso de revisión eventual por el Consejo de Estado, que consideramos permitirá una cierta claridad y unificación de precedentes jurisprudenciales y, que además, reconocerá el impacto de las acciones colectivas a nivel nacional, regional y local.

Es fundamental la coadyuvancia del Ministerio Público en las acciones populares y de grupo. Este aporte permite que los casos tengan realmente un doliente, y que el papel del Ministerio al respecto sea más activo.

A partir de los resultados de este trabajo quedan nuevos problemas pendientes para una agenda de investigación. Entre ellos está profundizar en una visión multidisciplinaria en torno a las problemáticas de los derechos colectivos, que nos permita entender las raíces culturales del concepto, los aportes de los grupos étnicos y la dimensión profunda del ejercicio, y que busca la defensa de estos derechos e intereses en el siglo XXI, ya que la perspectiva del derecho es limitada y no puede dar una adecuada respuesta a las exigencias que demanda su efectividad material.

Hasta hoy son escasos los trabajos específicos sobre acciones de grupo y es urgente realizar un seguimiento similar al elaborado con las acciones populares en el presente trabajo.

Un tema significativo tiene que ver con el impacto económico de las acciones colectivas y la evaluación adicional de sus efectos sociales y políticos, en términos de participación de la comunidad.

Son necesarios balances institucionales sobre los aprendizajes que las decisiones de acciones populares le han significado al país en el sector público, además de los ajustes que deben realizarse en la administración pública, con el fin de garantizar eficazmente los derechos colectivos, previniendo con ello el incremento del ejercicio de acciones colectivas.

Es urgente complementar estas investigaciones con nuevos balances sobre la labor en materia de acciones populares y de grupo de los tribunales administrativos del país, y de los demás juzgados administrativos. De igual forma, consideramos que no se han desarrollado trabajos acerca del papel de los jueces civiles de circuito y los tribunales superiores, en materia de acciones populares y de grupo donde se demanda a particulares. Estos balances deberían estar apoyados por el Consejo Superior de la Judicatura.

Deben examinarse con mayor profundidad, por parte de los investigadores, las relaciones existentes entre las diversas acciones constitucionales desde una perspectiva integral de la garantía de los derechos humanos.

Igualmente deben examinarse los mitos existentes que hay en torno a la congestión judicial y las acciones constitucionales, porque de dichas percepciones se derivan tendencias regresivas que buscan eliminar los logros democráticos que han significado las acciones constitucionales en Colombia, como se vio en el caso de los jueces administrativos.

Es preciso impulsar trabajos interdisciplinarios que aborden el tema del cumplimiento y efectividad de las decisiones judiciales en materia de derechos humanos y, muy especialmente, en acciones colectivas.

Para la unificación del precedente jurisprudencial en las acciones que son competencia de los juzgados civiles de circuito y de los tribunales superiores es necesario diseñar un instrumento similar de unificación a cargo de la Corte Suprema de Justicia, pues la figura de la casación que señala la Ley 472 de 1998 no es aplicable en estos casos, tal como está actualmente diseñada.

También se debe estudiar el papel que ha cumplido el Fondo para la Defensa de Derechos e Intereses Colectivos en el impulso de acciones colectivas en Colombia. Finalmente también se debe fortalecer el Registro Público de Acciones Populares y de Grupo, para hacer seguimiento a estas acciones y también como mecanismo de memoria histórica de estas acciones en el país.

4. Bibliografía

- Ansuategui Roig, Francisco Javier. *Una discusión sobre derechos colectivos*. Madrid: Editorial Dykinson. Universidad Carlos III de Madrid, 2001.
- Ariza de Zapata, Beatriz. “El juez, director del proceso en la jurisdicción contencioso administrativa. Mejores prácticas para una pronta y cumplida justicia”. En: *Revista Estudios Socio-Jurídicos*. Vol. 8, No. 1, 2006. 126-42.
- Ballén, Rafael. “Causas de la congestión en la jurisdicción contencioso administrativa.” En: *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores de la Facultad de Derecho*. Vol. 9, No. 18, 2006. 33-58.
- Bermúdez Muñoz, Martín. *La acción de grupo. Normativa y aplicación en Colombia*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2007.
- Botero Aristizábal, Luis Felipe. *Acción popular y nulidad de actos administrativos: protección de derechos colectivos*, sf.
- Brage Camazano, Joaquín. *Procesos colectivos. La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada*. 2a. ed. México: Editorial Porrúa, 2004.
- Camargo, Pedro Pablo. *Las acciones populares y de grupo: guía práctica de la Ley 472 de 1998*. 1a. ed. Bogotá: Leyes, 1999.

- Colaço Antunes, Luis Felipe. "Los intereses difusos: ubicación constitucional, tutela jurisdiccional y 'acción popular de masas'." En: *Revista de administración pública*. No. 124, 1991. 417-436.
- De Sousa Santos, Boaventura y García, Mauricio. *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Bogotá: Colciencias, Uniandes et ál, 2001.
- Diez Bernal, Lucelly y Martínez Bautista, Jorge. "Acciones populares." Mon. Especialización en Derecho Ambiental. Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Bogotá, 1998.
- Esguerra Portocarrero, Juan Carlos. *La protección constitucional del ciudadano*. Bogotá: Legis, 2004.
- Galán, Francisco Alberto. *Participación ciudadana y medio ambiente*. 1a. ed. Bogotá: FESCOL, 1995.
- García Villegas, Mauricio. *Justicia constitucional y acción de tutela*. Bogotá: Editorial Universidad de los Andes, 1996.
- Gidi, Antonio y Ferrer Mc-Gregor, Eduardo. "Procesos colectivos. La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada". 2a. ed., México, Porrúa, 442 pp. En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* Número 117 Septiembre-Diciembre 2006.
- Londoño Toro, Beatriz, et ál. *Eficacia de las acciones constitucionales en defensa de los derechos colectivos*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2004.
- Londoño Toro, Beatriz, et ál. *El pacto de cumplimiento y la garantía de los derechos colectivos*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2006.
- López Calera, Nicolás. *¿Hay derechos colectivos?* Barcelona: Ariel Derecho, 2000.
- Marioni, Guilherme Luiz. "El derecho de acción en la Constitución Brasileña." En: *Revista Ius et Praxis*. Vol. 13, No. 2, 2007. 57-80.
- Memorias del seminario "Los derechos e intereses colectivos, defensa a través de las acciones populares." Defensoría del Pueblo, Bogotá, junio de 2000.
- Nikken, Pedro. *La protección internacional de los Derechos Humanos. Su desarrollo progresivo*. Madrid: IIDH/Civitas, 1987.
- Palacio Hincapié, Juan Ángel. *Derecho procesal administrativo*. 1a. ed. Bogotá: Jurídica, 1999.
- Pisciotti Cubillos, Doménico. *Los derechos de tercera generación, los intereses difusos o colectivos y sus modos de protección (acción popular)*. Bogotá: Ediciones Universidad Externado de Colombia, 2001.

- Rodas Monsalve, Julio César y Londoño Toro, Beatriz (Comps). *Manual sobre el Ministerio Público y la gestión ambiental*. Bogotá: Imprenta Nacional, 2000.
- Sarmiento Palacio, Germán. *Las acciones populares en el derecho privado colombiano*. Colección bibliográfica. Bogotá: Banco de la República, 1988.
- Tamayo Jaramillo, Javier. *Las acciones populares y de grupo en la responsabilidad civil*. Bogotá: Raisbeck, Lara, Rodríguez & Rueda editores, 2001.
- Torres Calderón, Leonardo Augusto. “Los juzgados administrativos: ¿descongestionan la jurisdicción? La economía procesal y la dirección del proceso: instrumentos necesarios”. En: *Dikaion: revista de actualidad jurídica*. No. 20, noviembre de 2006. 283-305.
- Torres Calderón, Leonardo Augusto. “La descongestión en la jurisdicción contencioso administrativa. Una visión desde el Tribunal Administrativo de Cundinamarca”. En: *Dikaion: revista de actualidad jurídica*. Noviembre de 2004. 83-105.
- Torres Calderón, Leonardo Augusto. “Los juzgados administrativos. ¿Son la solución a la congestión de la jurisdicción?” En: *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores de la Facultad de Derecho*. Vol. 10, No. 19, 2007. 163-178.
- Torres Calderón, Leonardo Augusto. “Reflexiones sobre la congestión judicial en la jurisdicción de lo contencioso administrativo colombiana”. En: *Dikaion: revista de actualidad jurídica*. No. 16, diciembre 2002. 57-71.
- Uprimny, Rodrigo. *La dialéctica de los derechos humanos en Colombia*. Bogotá: Ediciones Universidad Autónoma de Colombia, 1991.
- Vann, K y Cole, M. “Method and methodology in interpretative studies of cognitive life”. En Z. Todd, B. Nerlich, s. McKeown y D. Clake, Editores. *Mixing methods in Psychology*. pp. 149-167. Hove: Psychology Press, 2004.

En línea

- Aristizábal Villa, Javier. “Acciones de clase, en el ordenamiento jurídico colombiano.” Estudios Gerenciales [en línea]. 1999, (072). Fecha consulta: 4 de febrero de 2008. Disponible: <<http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=21207202>>
- Bunge, Mario. “¿Personas, sociedades o ambas? El enfoque sistémico de los problemas sociales”. 2008. Fecha de última consulta: 9 de enero de 2009. Dis-

- ponible en http://www.fundacioernestlluch.org/doc_items/actualitat/Copia_de_II_Conferencia_Anual_Ernest_LLuch-Mario_Bunge.pdf.
- Cifuentes Muñoz, Eduardo. "Jurisdicción constitucional en Colombia". *Ius et Praxis* [en línea]. 2002, 8 (001). Fecha de consulta: 4 de febrero de 2008. Disponible: <<http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=19780115>>
- Parody, Gina. "Zapatero a tus zapatos". Fecha de consulta: 16 de junio de 2008, 06:22:36 pm. Disponible: http://www.ginnaparody.com/prensa/columnas/zapatero_zapatos.htm
- Ramos Rollón, Marisa. "El poder judicial: la justicia". Última fecha de consulta: 10 de mayo de 2009. Disponible: www.usal.es/~dpublico/areacp/materiales/4.3.poderjudicial.pdf.
- Vásquez, Mónica, Barrios, Lorena, et ál. "Las acciones de grupo. Una visión a través de los procesos colectivo". *Revista de Derecho* [en línea]. 2006, (026): 273-306. Fecha de consulta: 4 de febrero de 2008. Disponible: <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=85102610>.

II. Balance de la Corporación Excelencia en la Justicia*

Gloria María Borrero-Restrepo**

Luisa Fernanda Trujillo**

Alejandro Botero**

Juanita Durán**

1. Introducción

La participación de la Corporación Excelencia en la Justicia en el presente proyecto fue orientada por el ánimo de investigar sobre algunos temas relacionados con las acciones populares y de grupo, el activismo judicial y la percepción de esta actividad por parte de la ciudadanía. Al indagar, en reuniones y entrevistas con empresarios,¹ jueces, abogados accionantes y algunos de los alcaldes municipales, se adelantó un primer acercamiento a la percepción que tiene cada uno de ellos respecto de las acciones populares.

Para algunos empresarios ha habido un abuso en su ejercicio de estas acciones, considerando que las actuaciones temerarias tienden a crecer. En muchos casos las acciones populares se interponen con la finalidad de alcanzar objetivos fraudulentos o contrarios a la ley, entorpeciendo así la marcha de la administración de justicia y atentando contra los principios procesales de lealtad y buena fe. Ellos afirman que algunos abogados accionantes se han convertido en cazarrecompensas, dedicados a perseguir hechos y posibles afectados que puedan generar una acción popular, con el único objetivo de cobrar el incentivo. Por otro lado, a éste gremio le preocupa que las decisiones judiciales des-

* Bajo la dirección de Gloria María Borrero Restrepo, directora ejecutiva de la Corporación Excelencia en la Justicia, participaron en esta investigación Alejandro Botero, Luisa Fernanda Trujillo y Juanita Durán.

** Consultores de la CEJ.

¹ Del sector de comunicaciones, bancario, de hidrocarburos e hidroeléctricas, y salud.

conocen en muchos casos la situación económica del país, del sector industrial y empresarial, y las sentencias terminan generando crisis económicas en las empresas. Finalmente, resulta alarmante el hecho de que estas acciones pueden servir como posible foco de corrupción judicial, al buscar los jueces un beneficio indebido por el reconocimiento del incentivo.

Por todo esto, la conclusión generalizada de este gremio es que la Ley 472 de 1998 debe ser reformada en diversos aspectos, no sólo aquellos tendientes a controlar las irregularidades que ellos perciben, anteriormente descritas, sino también sobre aspectos más específicos, como el incentivo y la sobreposición de acciones, los cuales trataremos más adelante.

Para unos alcaldes las acciones populares están dejando sin recursos al Estado, en especial a los municipios, los cuales carecen de una defensa adecuada, pues en algunos de ellos los defensores públicos son insuficientes para atender los requerimientos judiciales generados por las acciones populares, y en otros la defensa técnica no es eficiente. Afirman además que los planes de desarrollo son utilizados para interponer acciones populares, a partir de las obligaciones de cumplimiento gradual que son fijadas allí.

Algunos jueces, por su parte, perciben que las acciones populares son un mecanismo eficaz para proteger los derechos colectivos, las cuales en la mayoría de las ocasiones involucran violaciones o amenazas a tales derechos. Esas violaciones son generadas por el sector empresarial, que cuenta con la capacidad económica de responder y soportar las consecuencias de sus acciones, y tienen una responsabilidad social que por mandato legal están llamadas a cumplir. Con todo esto, afirman que existen casos de abuso en el ejercicio de las acciones populares, frente a los cuales se deben adoptar medidas. En el mismo sentido se expresaron los abogados litigantes consultados por la Corporación.

Este acercamiento a las opiniones de algunos de los actores de las acciones populares fue el insumo para orientar los intereses de la investigación y para plantear alternativas para enriquecer el debate y ofrecer instrumentos, con el fin de avanzar en la precisión del mecanismo de protección de derechos.

Para la Corporación contribuir desde la investigación, con un ánimo crítico, para evaluar los primeros 10 años de aplicación de la Ley 472 de 1998, ha sido la celebración de esta primera década de funcionamiento de los procedimientos judiciales de acciones populares y de grupo.

Así, este trabajo, lejos de ser exhaustivo, ha sido una primera aproximación al estado de las cosas en esta materia que, más allá de algunos resultados y algunas conclusiones, ha dejando sobre todo planteadas múltiples inquietudes que perfilan nuevos proyectos de investigación en el futuro.

Concretamente, la presente investigación se centró en cuatro aspectos: el alcance de la intervención de la Corte Constitucional en la revisión de la Ley 472 de 1998, el impacto de algunas acciones populares en la vida cotidiana de los colombianos, la sobreposición de las acciones populares con otras acciones constitucionales y legales, y las tensiones relativas al incentivo.

En cuanto al primer aspecto, la Corporación estudió todo el universo de sentencias de constitucionalidad proferido por la Corte Constitucional, en ellas se efectuó una revisión abstracta de la Ley 472 de 1998 para identificar algunas características del control. Con base en ese universo también se estudió el alcance de la intervención de la Corte en dicha ley, a través de las decisiones de inexequibilidad y exequibilidad condicionada.

En segundo lugar, a partir de la identificación de diferentes niveles de impacto de las decisiones proferidas por los jueces, dentro de los procesos de acciones populares –desde un impacto orientado concretamente a grupos de población específicos hasta un impacto indeterminado sobre segmentos no identificables de la población–, se analizaron algunas decisiones de acciones populares de alta relevancia en razón de los temas que fueron abordados en ellas.

Finalmente, la Corporación analizó las tensiones suscitadas, por un lado, por la sobreposición de las acciones populares y otras acciones constitucionales y legales, como la acción de tutela, las acciones de cumplimiento, la acción de nulidad y la acción contractual, identificando con ello las condiciones bajo las cuales ha procedido dicha sobreposición según la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional en sede de tutela. Por otro lado, también analizó la tensión existente entre la estipulación legal del incentivo, como una medida para estimular la defensa de los derecho colectivos, y la percepción de éste como una medida que desnaturaliza la defensa de los derechos colectivos con base en un interés económico de carácter individual.

Según los insumos de este trabajo de investigación, la Corporación ha querido hacer algunas propuestas sobre la manera en la que podría proyectarse una política pública que contribuya a mejorar los mecanismos de protección de

derechos en el país. Como parte del mandato de la Corporación Excelencia en la Justicia participar en el mejoramiento de la labor de los jueces, a través de la investigación, es una contribución para que los ciudadanos puedan gozar de una justicia más eficiente y más acorde con sus necesidades.

2. Alcance de la intervención de la Corte Constitucional en la revisión de la Ley 472 de 1998

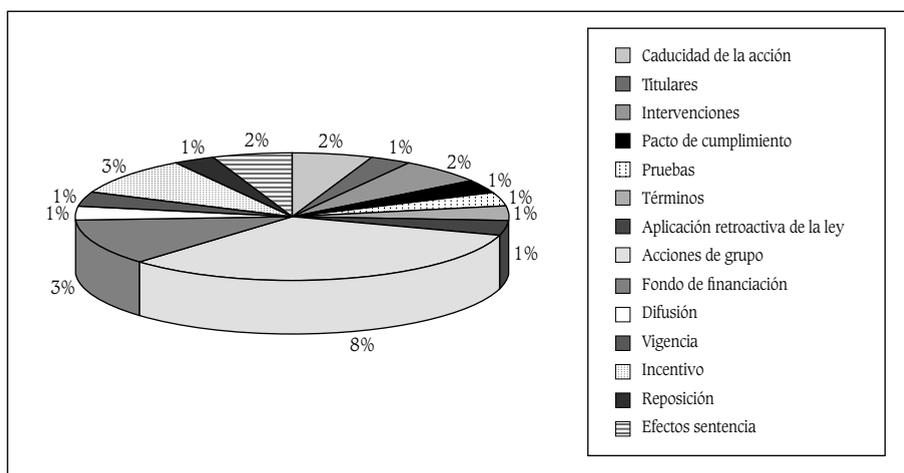
2.1. La labor de la Corte en cifras

La intervención de la Corte Constitucional en la revisión de la Ley 472 de 1998 ha sido escasa, al menos en dos sentidos: han sido pocas las oportunidades en las que la norma ha sido revisada –resultado de que la norma no ha sido frecuentemente demandada– y las decisiones, casi siempre, han respetado las determinaciones adoptadas en sede democrática.

Desde la entrada en vigencia de esta Ley se han interpuesto 19 demandas, de las cuales 4 han sido archivadas y 14 han sido decididas. De esas 14 demandas estudiadas y decididas se han producido 11 sentencias.

Estas demandas mostraron mayores preocupaciones con relación en las acciones populares que con las acciones de grupo, y entre las acciones populares fue particularmente relevante el tema del incentivo:

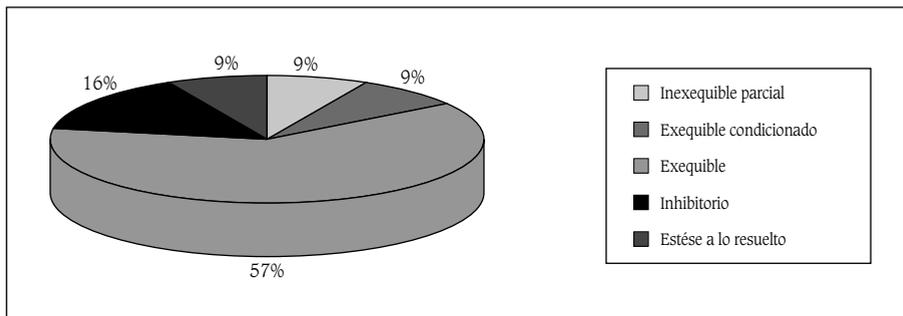
Cuadro 1. Temas demandados de la Ley 472 de 1988



Fuente: Elaboración propia

Estas demandas representaron la revisión de 38 de los 86 artículos de la Ley, excluyendo las inhibiciones y las revisiones del mismo artículo. En la revisión de la norma la Corte Constitucional adoptó un comportamiento bastante conservador y en casi todos los casos respetó la voluntad democrática, incluso por encima del promedio de decisiones de la Corte:

Cuadro 2. Decisiones de la Corte Constitucional (Ley 472 de 1988)



Fuente: elaboración propia

Si se las compara con el promedio general de decisiones de la Corte Constitucional, en la revisión de las acciones populares, las decisiones de inhibición y de constitucionalidad condicionada han sido prominentes, y las decisiones de inconstitucionalidad han sido reducidas. Esto se ve más claramente en la siguiente tabla:

Tipo de decisión	Promedio Corte Constitucional ²	Acciones populares
Inconstitucionalidad	23%	9%
Condicionada	5%	9%
Constitucionalidad	64%	57%
Inhibitorio	7%	16%

Fuente: elaboración propia

² Datos tomados de Cepeda Espinosa, Manuel José. *Polémicas constitucionales*. Bogotá: Editorial Legis, 2007. p. 79. La metodología utilizada en este libro de Cepeda fue adoptada en el observatorio para la elaboración de las gráficas.

La mayoría de las decisiones de la Corte estuvieron dirigidas a delimitar el margen de configuración del legislador, con la finalidad de ampliar el ámbito de protección de los derechos y excluir del ordenamiento jurídico las limitaciones de la protección de los derechos colectivos constitucionalmente prohibidas, o bien aquellas que redujeran la protección prevista por el constituyente. Esto marcó también una diferencia en la revisión abstracta de las acciones populares y las acciones de grupo, ya que el estatus de los derechos protegidos por cada uno de estos mecanismos, según la Corte Constitucional, era diverso.

2.2. La intervención de la Corte Constitucional

En este momento vale recordar que la presente investigación se basa en la revisión de las decisiones de control abstracto de la Ley 472 de 1998. Si bien se reconoce la importancia que han tenido las decisiones de tutela para la precisión del alcance de algunos aspectos del ejercicio de las acciones populares, la elección de estudiar este tipo de decisiones se basa en que estas son las que tienen capacidad de transformar directa y explícitamente el texto normativo o su interpretación, al excluir disposiciones legales (decisiones de inexecutable) o excluir interpretaciones de las disposiciones (decisiones de constitucionalidad condicionada). Específicamente serán las decisiones de mayor alcance, inexecutable y executable condicionada, las que serán revisadas con el fin de analizar cuál ha sido el sentido de la intervención de la Corte Constitucional.

La sentencia C-215 de 1999³ fue la primera sentencia de control abstracto de la Ley 472 de 1998, y la primera sentencia en la cual se adoptaron decisiones de intervención en relación con la misma. En primer lugar, la Corte declaró inexecutable la caducidad de las acciones populares, en aquellos casos en los que la pretensión era devolver las cosas al estado anterior, el cual debe ser establecido en cinco años. Si bien la Corte reconoció que la Constitución no había hecho referencia alguna a la ausencia de limitación temporal para el ejercicio de las acciones populares, dada la naturaleza de los derechos para cuya protección estaba prevista la misma, los cuales son derechos fundamentales y en consecuencia imprescriptibles, resultaba violatorio del debido proceso y del

³ Corte Constitucional. Sentencia C-215 de 1999. MP. Marta Victoria SÁCHICA.

derecho al acceso a la administración de justicia establecer limitaciones temporales para su protección:

No se desconoce tampoco, que los plazos que puede fijar el legislador para ejercer acciones judiciales mediante instrumentos como la caducidad y la prescripción de la acción, pueden justificarse en la mayoría de los casos, por razones de seguridad jurídica, de eficiencia en la administración de justicia y del cumplimiento del deber ciudadano de colaborar con ésta. Sin embargo, cuando se trata de derechos fundamentales, es decir, imprescriptibles, no puede someterse su ejercicio o protección a que, por el transcurso del tiempo y la negligencia de uno de los titulares de un derecho colectivo perteneciente a todos y cada uno de los miembros de la comunidad afectada, se extinga la posibilidad de instaurar la acción que la Constitución ha consagrado en favor de una colectividad. (Artículo 11)⁴

La adopción de esta decisión también introdujo una distinción de alta relevancia en el control abstracto de las acciones populares y las acciones de grupo, al reconocer que sólo en el primer caso se trata de un mecanismo de protección de derechos fundamentales, cuya importancia exige que se eliminen los obstáculos para su protección.

La Corte Constitucional además revisó la constitucionalidad del pacto de cumplimiento que, según el demandante, era inconstitucional por constituir una negociación de las sanciones por la violación de derechos colectivos. La Corte desestimó los cargos relacionados con la figura del pacto de cumplimiento en general, por considerar que este representaba una medida de economía procesal que no sacrificaba la protección de los derechos colectivos, ya que contaba,

⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-215 de 1999. MP. Marta Victoria Sáchica.

En la parte resolutive de la sentencia la Corte decidió: "SEGUNDO. Declarar EXEQUIBLE el artículo 11 de la Ley 472 de 1998, salvo las expresiones *Cuando dicha acción esté dirigida a volver las cosas al estado anterior, el término para interponerla será de cinco (5) años, contados a partir de la acción u omisión que produjo la alteración*, las cuales se declaran INEXEQUIBLES." El artículo 11 de la Ley 472 de 1998 quedó así: "*La Acción Popular podrá promoverse durante el tiempo que subsista la amenaza o peligro al derecho e interés colectivo*".

como garantías, con la presencia del Ministerio Público y con la exigencia de la asistencia de todas las partes.

Con todo esto, la Corte emitió pronunciamientos de constitucionalidad condicionada en dos puntos relacionados con el pacto. En primer lugar, reconoció que aunque el pacto de cumplimiento hace tránsito a cosa juzgada en relación con los aspectos allí pactados por las partes, dicha regla se exceptúa en caso de que surjan nuevos hechos o nuevas causas relacionadas con la violación de los mismos derechos colectivos. Esta determinación se fundó en el reconocimiento del carácter colectivo y difuso de la titularidad de los derechos colectivos, cuyos mecanismos de protección no pueden tener limitaciones procesales irrazonables que obstaculicen su protección:

No obstante, encuentra la Corte, que cuando se trata de la protección de derechos e intereses colectivos, no puede concederse a la sentencia que aprueba el pacto de cumplimiento el alcance de cosa juzgada absoluta, pues de ser así se desconocerían el debido proceso, el derecho de acceso a la justicia y la efectividad de los derechos de las personas que no tuvieron la oportunidad de intervenir en esa conciliación y que en un futuro, como miembros de la misma comunidad, se vieran enfrentadas a una nueva vulneración de los derechos sobre cuya protección versó la conciliación.

En efecto, la naturaleza propia de los derechos e intereses colectivos implica la titularidad de la acción en cabeza de un número más o menos extenso de personas afectadas con la violación de tales derechos, que si bien pueden, sin haber participado en ella, verse beneficiadas con una conciliación acorde con la protección y reparación de aquellos, asimismo, estarían despojadas de la posibilidad de ejercer una acción popular para corregir una nueva situación de vulneración de esos derechos que ocurra en la misma colectividad frente a las situaciones objeto del pacto.

(...) la Corte considera que se configura una situación diferente cuando ocurren hechos nuevos o causas distintas a las alegadas en el proceso que ya culminó, o surgen informaciones especializadas desconocidas por el juez y las partes al momento de celebrar el acuerdo. Por consi-

guiente, en este evento, y en aras de garantizar el debido proceso, el acceso a la justicia y la efectividad de los derechos colectivos, habrá de condicionarse la exequibilidad del artículo 27 acusado, en cuanto debe entenderse que la sentencia que aprueba el pacto de cumplimiento hace tránsito a cosa juzgada, salvo que se presenten hechos nuevos y causas distintas a las alegadas en el respectivo proceso, así como informaciones técnicas que no fueron apreciadas por el juez y por las partes al momento de celebrarse dicho pacto, caso en el cual, el fallo que lo prueba tendrá apenas el alcance de cosa juzgada relativa.⁵

Finalmente, en aras de garantizar la efectividad del pacto de cumplimiento la Corte también condicionó su constitucionalidad a que la publicación del pacto corriera a cargo sólo de la parte infractora, teniendo en cuenta el principio de gratuidad, y que quien actúa en defensa de los derechos colectivos es movido por un interés altruista que merece algún tipo de reconocimiento:

De otro lado, se pregunta la Sala si puede resultar excesiva, en el caso del demandante en acción popular, la carga impuesta en el penúltimo inciso del artículo 27, de publicar a su costa en un diario de amplia circulación nacional, la sentencia que aprueba el pacto de cumplimiento, pues su ejecución se puede ver afectada por la falta de conocimiento de la comunidad beneficiada, cuando el demandante no cuente con los recursos para sufragar el valor de esa publicación.

Estima la Corte que si se tiene en cuenta que en las acciones públicas rige por lo general el principio de gratuidad, así como que quien actúa con un propósito altruista en defensa de los derechos e intereses de la comunidad a que pertenece, merece algún tipo de reconocimiento por su actuación, debe entenderse que la expresión “partes involucradas”, consignada en el inciso en mención, se refiere exclusivamente al infractor que con su actuación vulneró los derechos e intereses objeto de dicho pacto. (Artículo 27)⁶

⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-215 de 1999. MP. Marta Victoria SÁCHICA.

⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-215 de 1999. MP. Marta Victoria SÁCHICA. Lo que la Corte deci-

Hasta aquí, la sentencia C-215 de 1999 eliminó tres barreras en el ejercicio de las acciones populares:

- La barrera temporal impuesta por la caducidad de las acciones populares.
- La barrera procedimental impuesta por la cosa juzgada absoluta del pacto de cumplimiento.
- La barrera económica impuesta por el pago compartido de la publicación del pacto de cumplimiento.

dió con relación al artículo 27: “TERCERO. Declarar EXEQUIBLE el artículo 27 de la Ley 472 de 1998, en el entendido de que la sentencia que aprueba el pacto de cumplimiento hace tránsito a cosa juzgada, salvo que se presenten hechos nuevos y causas distintas a las alegadas en el respectivo proceso, así como informaciones de carácter técnico que no fueron apreciadas por el juez y las partes al momento de celebrarse dicho pacto, evento en el cual la sentencia hace tránsito a cosa juzgada relativa.

Asimismo, esa declaración se entiende en el sentido de que la expresión “partes involucradas”, contenida en el penúltimo inciso del artículo 27 de la Ley 472 de 1998, se refiere únicamente al infractor demandado por la violación de derechos e intereses colectivos. En el artículo 27 de la Ley 472 de 1998: “El juez, dentro de los tres (3) días siguientes al vencimiento del término de traslado de la demanda, citará a las partes y al Ministerio Público a una audiencia especial en la cual el juez escuchará las diversas posiciones sobre la acción instaurada, pudiendo intervenir también las personas naturales o jurídicas que hayan registrado comentarios escritos sobre el proyecto. La intervención del Ministerio Público y de la entidad responsable de velar por el derecho o interés colectivo será obligatoria. \ La inasistencia a esta audiencia por parte de los funcionarios competentes, hará que incurran en causal de mala conducta, sancionable con destitución del cargo. \ Si antes de la hora señalada para la audiencia, algunas de las partes presenta prueba siquiera sumaria de una justa causa para no comparecer, el juez señalará nueva fecha para la audiencia, no antes del quinto día siguiente ni después del décimo día, por auto que no tendrá recursos, sin que pueda haber otro aplazamiento. \ En dicha audiencia podrá establecerse un pacto de cumplimiento a iniciativa del juez en el que se determine la forma de protección de los derechos e intereses colectivos y el restablecimiento de las cosas a su estado anterior, de ser posible. \ El pacto de cumplimiento así celebrado será revisado por el juez en un plazo de cinco (5) días, contados a partir de su celebración. Si observare vicios de ilegalidad en alguno de los contenidos del proyecto de pacto, éstos serán corregidos por el juez con el consentimiento de las partes interesadas. \ La audiencia se considerará fallida en los siguientes eventos: \ a) cuando no compareciere la totalidad de las partes interesadas; \ b) cuando no se formule proyecto de pacto de cumplimiento; \ c) Cuando las partes no consientan en las correcciones que el juez proponga al proyecto de pacto de cumplimiento. \ En estos eventos el juez ordenará la práctica de pruebas, sin perjuicio de las acciones que procedieren contra los funcionarios públicos ausentes en el evento contemplado en el literal a). \ La aprobación del pacto de cumplimiento se surtirá mediante sentencia, cuya parte resolutive será publicada en un diario de amplia circulación nacional a costa de las partes involucradas. \ El juez conservará la competencia para su ejecución y podrá designar a una persona natural o jurídica como auditor que vigile y asegure el cumplimiento de la fórmula de solución del conflicto”.

En consecuencia, lo decidido por la Corte fue:

- Es inconstitucional la limitación impuesta por la caducidad de las acciones populares. Los mecanismos de protección de derechos fundamentales no pueden tener barreras temporales para acceder a su protección.
- Es inconstitucional la limitación impuesta por el carácter de cosa juzgada absoluta del pacto de cumplimiento. Este último hace tránsito a cosa juzgada relativa y en caso de i) que se presenten hechos nuevos y causas distintas o ii) que se presenten informaciones técnicas que no fueron apreciadas por el juez y las partes; en tales casos puede ser nuevamente estudiada por el juez la posible vulneración de los derechos colectivos.
- Es inconstitucional la limitación impuesta por el pago compartido de la publicación del pacto de cumplimiento. La publicación debe correr a cargo exclusivamente de quien vulneró el derecho.

En la misma sentencia, la Corte excluyó del ordenamiento jurídico la posibilidad de trasladar al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos los recursos correspondientes a las indemnizaciones no reclamadas durante el año siguiente al que fueron decretadas, por considerar que se trataba de una apropiación del Estado de los recursos de un particular sin justificación alguna:

(...) en el caso particular de la indemnización decretada en virtud de una acción popular, aquella no se refiere únicamente al resarcimiento por la violación de derechos individuales, sino que se trata de la reparación de los daños causados por la vulneración de los derechos e intereses colectivos, es decir, en beneficio de toda una comunidad afectada. Además de que constituye una justa sanción a las entidades o personas responsables de tal vulneración.

No obstante, ello no significa que no haya prescripción alguna para reclamar dicha indemnización. Sin duda, subsiste respecto del reclamo del pago de la indemnización decretada por el juez, la prescripción ordinaria de la acción ejecutiva correspondiente, que no puede sujetarse

a un plazo que resulta irrazonable por su brevedad. Todo ello, sin perjuicio que el legislador establezca en un futuro otro plazo que cumpla con los requisitos de razonabilidad y proporcionalidad acordes con el ordenamiento superior. (Artículo 70)⁷

Posteriormente, mediante la sentencia C-622 de 2007, MP. Rodrigo Escobar Gil, la Corte, reiterando la sentencia C-215 de 1999, nuevamente limitó el alcance de la cosa juzgada en las decisiones de acciones populares por considerar que el carácter difuso de los derechos exigía la posibilidad de que nuevas circunstancias permitieran nuevas decisiones judiciales:

(...) el hecho particular y concreto de que a través de las acciones populares se busque proteger derechos de relevancia social, cuya titularidad es difusa, plantea un verdadero problema de inconstitucionalidad frente al mandato legal que ordena reconocerle efectos erga omnes a todas las sentencias, pues en ciertos casos extender los efectos de la decisión al público en general, cerrando la posibilidad de promover un nuevo juicio, puede llegar a desconocer los derechos al debido proceso, el acceso a la administración de justicia y la propia efectividad de los derechos colectivos.

En efecto, según se ha expresado, las acciones populares constituyen el medio procesal mediante el cual se busca asegurar una protección judicial, actual y efectiva, de derechos e intereses transindividuales o colectivos de importante trascendencia social, es decir, de derechos e intereses que pertenecen a todos y cada uno de los miembros de una comunidad, como el patrimonio, el espacio público, la seguridad, la salubridad, la moral administrativa, la libre competencia, el equilibrio ecológico y el ambiente, entre otros, y cuya amenaza o violación pue-

⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-215 de 1999. MP. Marta Victoria Sáchica. En la parte resolutive se señaló: “CUARTO. Declarar EXEQUIBLE el literal c) del artículo 70 de la Ley 472 de 1998, salvo las expresiones |... o cuando éste no concurriere a reclamarlo dentro del plazo de un (1) año contado a partir de la sentencia | que se declaran INEXEQUIBLES”. El artículo 70 de la Ley 472 en lo pertinente señala: “Créase el Fondo para la defensa de los derechos e intereses colectivos, el cual contará con los siguientes recursos: (...) c) El monto de las indemnizaciones de las acciones populares y de grupo a las cuales hubiere renunciado expresamente el beneficiario”.

*de, a su vez, afectar bienes esenciales del ser humano como la vida, la salud, la integridad y la tranquilidad.*⁸

Esta decisión de la Corte estuvo orientada nuevamente a eliminar la barrera procedimental de la cosa juzgada absoluta de la sentencia de acciones populares, en consideración al tipo de derechos protegidos mediante este mecanismo.

En las acciones de grupo, la intervención de la Corte también ha estado orientada a quitar las barreras impuestas por el legislador para la interposición de las acciones, teniendo en cuenta, sin embargo, algunas particularidades y diferencias con las acciones populares. Entre ellas: i) los derechos protegidos mediante este mecanismo no son necesariamente derechos fundamentales, ii) su objeto es indemnizatorio, esto quiere decir que la pretensión es de carácter económico, iii) es un mecanismo que persigue una economía procesal y celeridad; pero que no es excluyente con las acciones individuales, y iv) se trata, en todo caso, de acciones constitucionales por lo que se puede hablar de *margen de configuración del legislador*.

En la sentencia C-1062 de 2000, MP. Álvaro Tafur Galvis, la intervención de la Corte estuvo orientada a remover barreras de acceso en el ejercicio de las acciones de grupo. Se consideró que el legislador no podía imponer límites a lo que el constituyente no había limitado. Específicamente, la Corte consideró que limitar las acciones de grupo únicamente para la protección de derechos colectivos resultaba contrario a la Constitución, teniendo en cuenta las características del mecanismo de protección en el diseño constitucional:

A juicio de la Corte, el demandante como el Procurador General de la Nación podrían tener razón al estimar que la opción normativa finalmente adoptada en la disposición acusada vulnera la Constitución Política, por exceder los parámetros conferidos en el ordenamiento superior para realizar esa labor, sólo en la medida en que la misma sea

⁸ La Corte decidió en esta providencia: “Declarar EXEQUIBLE el artículo 35 de la Ley 472 de 1998, en el entendido de que las sentencias que resuelven los procesos de acción popular hacen tránsito a cosa juzgada respecto de las partes y del público en general, salvo cuando surjan con posterioridad a la sentencia desestimatoria, nuevas pruebas trascendentales que pudieran variar la decisión anterior”. Artículo 35 de la Ley 472 de 1998: “La sentencia tendrá efectos de cosa juzgada respecto de las partes y del público en general”.

interpretada limitativamente, es decir, circunscrita única y exclusivamente a la vulneración de derechos e intereses colectivos.

Lo anterior, toda vez que el propósito conjunto de los afectados de encausar una acción hacia la obtención de la reparación de su interés subjetivo el cual ha resultado lesionado, hace que la acción de clase o de grupo no admita limitación alguna para su ejercicio, a través de una diferenciación específica de derechos tutelables, como sucede con otros mecanismos constitucionales de protección de derechos, v.gr. la acción de tutela, la acción de cumplimiento, la acción popular, etc. (...) (...) Así las cosas, al restringirse en el artículo 55 de la Ley 472 de 1998 la categoría de derechos invocables para integrar el grupo y así alcanzar los propósitos perseguidos con las acciones de clase o de grupo, se contradice la Carta Política impidiendo la realización de los fines esenciales del Estado social de derecho que propugnan por la garantía de principios constitucionales como el de la igualdad, la efectividad de los derechos constitucionalmente establecidos para las personas, entre ellos, al debido proceso y acceso a la administración de justicia, desconociéndose los valores fundantes de la justicia y de un orden político, económico y social justo (C.P., art. 2o. Preámbulo y 229).⁹

Aun así la Corte no excluyó del ordenamiento jurídico la disposición, sino que condicionó su constitucionalidad para asegurar que fuera excluida la interpretación de la norma que limitaba los derechos que podían ser invocados por acciones de grupo a los colectivos, sin afectar la voluntad democrática:

(...) en este caso resultan plenamente aplicables los principios hermenéuticos de la conservación del derecho¹⁰ y de la interpretación de la ley conforme con la Constitución,¹¹ ampliamente desarrollados por

⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-1062 de 2000. MP. Álvaro Tafur Galvis.

¹⁰ Consultar, entre muchas otras, las sentencias C-660A/95, C-070/96 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz), C-100/96, C-280/96, C-320/97, C-466/97 (MP. Alejandro Martínez Caballero), C-065/97, C-045/98 (MP. Jorge Arango Mejía y Alejandro Martínez Caballero) y C-964/99 (MP. Carlos Gaviria Díaz).

¹¹ Ver la sentencia C-070 de 1996, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

esta Corte, según los cuales, a partir del juicio de constitucionalidad de una disposición jurídica no es viable declarar su inexecutable y, en consecuencia, generar el correspondiente retiro del ordenamiento jurídico, cuando la misma admite por lo menos una interpretación ajustada a la Constitución; caso en el cual la Corte deberá emitir una sentencia interpretativa condicionando la ejecución de esa norma a la interpretación que desarrolla el texto constitucional. Con esto “se persigue, esencialmente, salvaguardar, al menos, alguno de los posibles efectos jurídicos de la disposición demandada, de manera tal que se conserve, al máximo, la voluntad del legislador”.^{12,13}

Ampliando también el alcance y el ámbito de protección de las acciones de grupo, en la sentencia C-569 de 2004, MP. Rodrigo Uprimny Yepes, la Corte excluyó del ordenamiento jurídico dos interpretaciones que, a su juicio, limitaban inconstitucionalmente el alcance de estas acciones. Sin embargo, en este caso, resulta particularmente relevante que la interpretación restrictiva era efectuada por el Consejo de Estado, especialmente la Sala tercera, que consideraba

¹² Revisar la sentencia C-499 de 1998, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹³ Corte Constitucional. Sentencia C-1062 de 2000. MP. Álvaro Tafur Galvis. En la parte resolutive de dicha providencia se señaló: “Declarar EXEQUIBLES la expresión ‘*derivados de la vulneración de derechos e intereses colectivos*’ contenida en el artículo 55 de la Ley 472 de 1998 ‘*por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones*’, entendiendo que con su interpretación y aplicación no se excluyan los demás derechos subjetivos de origen constitucional o legal, cualquiera que sea su naturaleza, como derechos igualmente amparables por las acciones de clase o de grupo”. Artículo 55 de la Ley 472 de 1998: “*Cuando la demanda se haya originado en daños ocasionados a un número plural de personas por una misma acción u omisión, o por varias acciones u omisiones, derivadas de la vulneración de derechos o intereses colectivos, quienes hubieren sufrido un perjuicio podrán hacerse parte dentro del proceso, antes de la apertura a pruebas, mediante la presentación de un escrito en el cual se indique su nombre, el daño sufrido, el origen del mismo y el deseo de acogerse al fallo y de pertenecer al conjunto de individuos que interpuso la demanda como un mismo grupo. Quien no concorra al proceso, y siempre y cuando su acción no haya prescrito y/o caducado de conformidad con las disposiciones vigentes, podrá acogerse posteriormente, dentro de los veinte (20) días siguientes a la publicación de la sentencia, suministrando la información anterior, pero no podrá invocar daños extraordinarios o excepcionales para obtener una indemnización mayor y tampoco se beneficiará de la condena en costas. \ La integración de nuevos miembros al grupo, con posterioridad a la sentencia, no incrementará el monto de la indemnización contenida en ella. \ Las acciones individuales relativas a los mismos hechos podrán acumularse a la acción de grupo, a solicitud del interesado. En este evento, el interesado ingresará al grupo, terminará la tramitación de la acción individual y se acogerá a los resultados de la acción de grupo”.*

que un requisito de procedibilidad de la acción de grupo era la preexistencia del mismo grupo al hecho generador de la responsabilidad. En esa oportunidad, la Corte reconoció que la tesis de la preexistencia del grupo acuñada por el Consejo de Estado era razonable y se fundaba en la Ley y reconoció además que se trataba propiamente del derecho viviente, pues era una interpretación de la norma que había sido aplicada en múltiples oportunidades.

En cuanto a la constitucionalidad del requisito, con base en un juicio de adecuación, la Corte concluyó:

(...) la preexistencia del grupo como requisito de procedibilidad de la acción de grupo constituye una intervención desproporcionada del legislador en el régimen de las acciones de grupo y en el derecho de acceso a la justicia, por las siguientes razones: en primer lugar, porque no es posible verificar una adecuación entre su inclusión en los artículos 3 y 46 de la Ley 472 de 1998 (medio) y la pretendida reserva de las acciones de grupo para la protección de grupos de especial entidad, o para la indemnización de daños de importantes repercusiones sociales (fin constitucional). En segundo lugar, porque su inclusión no era necesaria para conseguir dichos fines constitucionales, ya que existían otros medios, como diseñar e incluir otros requisitos de procedibilidad, que permitieran satisfacer en mayor medida y con menor desmedro del régimen constitucional de las acciones de grupo la finalidad constitucional perseguida.¹⁴

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-569 de 2004. MP. Rodrigo Uprimny Yepes.

Decidió la Corte retirar del ordenamiento jurídico los aparatos normativos que daban fundamento a la tesis de la preexistencia del grupo: "SEGUNDO. Declarar EXEQUIBLE la expresión '*Son aquellas acciones interpuestas por un número plural de personas o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales a dichas personas*', contenida en el inciso primero del artículo 3 de la Ley 472 de 1998, e INEXEQUIBLE la expresión '*Las condiciones uniformes deben tener también lugar respecto de todos los elementos que configuran la responsabilidad*', contenida en ese mismo inciso. | TERCERO. Declarar EXEQUIBLE la expresión '*Las acciones de grupo son aquellas acciones interpuestas por un número plural o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto a una misma causa, que originó perjuicios individuales para dichas personas*', contenida en el inciso primero del artículo 46 de la Ley 472 de 1998, e INEXEQUIBLE la expresión '*Las condiciones uniformes deben tener también lugar respecto de los elementos que configuran la responsabilidad*', contenida en ese mismo inciso."

Recientemente, la Corte eliminó de nuevo una restricción prevista por la Ley para el ejercicio de las acciones de grupo consistente en la exigencia de que el grupo estuviera conformado al menos por 20 personas para la legitimación por activa en la interposición de la demanda. En la sentencia C-116 de 2008, MP. Rodrigo Escobar Gil, la Corte distinguió entre dos momentos procesales en la conformación del grupo: un primer momento, en la presentación de la demanda, y un segundo momento, en la admisión de la demanda.

En relación con la presentación de la demanda, la Corte reiteró lo señalado en la sentencia C-898 de 2005, en la que, aplicando nuevamente la tesis del derecho viviente, se recogió la interpretación que el Consejo de Estado venía haciendo de la exigencia de conformar un grupo de 20 personas para señalar que dicho grupo no se requería para la presentación de la demanda, podía ser efectuada por una sola persona; sin embargo, su conformación debía verificarse al momento de admitir la demanda:

Explicó la Corte en la sentencia C-898 de 2005, acorde con la jurisprudencia del Consejo de Estado, que la interpretación que debe darse al inciso tercero (3°) del artículo 46 de la Ley 472 de 1998, es la de que la exigencia de que el grupo debe estar integrado al menos por veinte personas no puede entenderse como un obstáculo para la presentación de la demanda, en cuanto no se requiere la concurrencia de todos ellos para tal acto; toda vez que, de conformidad con el artículo 48 del mismo ordenamiento, en la acción de grupo el actor o quien actúa como demandante, representa a las demás personas que hayan sido afectadas por los hechos lesivos. Por ello, lo que resulta exigible al actor en el momento de presentar la demanda, a la luz del numeral cuarto (4°) del artículo 52 del mismo ordenamiento, es el deber de señalar en ella la identidad de por lo menos veinte de los miembros del grupo afectado o, en todo caso, señalar los criterios que permitan su identificación por parte del juez.¹⁵

¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-116 de 2008. MP. Rodrigo Escobar Gil.

Al analizar la conformación de un grupo de 20 personas como requisito para admitir la demanda, la Corte consideró que él mismo resultaba constitucional, ya que las acciones de grupo habían sido establecidas para que un grupo amplio de personas se beneficiara procesalmente en la obtención de la reparación:

(...) la determinación de un grupo de veinte personas como presupuesto para la admisión de la demanda en una acción de grupo, responde claramente a un criterio de razonabilidad, si se tienen en cuenta los propósitos que se buscan satisfacer con la adopción constitucional de tal acción. Según quedó explicado, la acción de grupo fue concebida como un mecanismo procesal para obtener la reparación de un daño individualizable infringido a un grupo considerable de personas, por lo que no resulta consecuente con dicho fin que la noción de grupo se forme a partir de un número poco significativo de ciudadanos. En este sentido, resulta inadmisibles que dos, tres o cuatro ciudadanos se vean beneficiados por las ventajas procesales que ofrece la acción de grupo, con el argumento de que constituyen un grupo en los términos del artículo 88 de la Carta.

Conforme con el propósito perseguido por el constituyente, la facultad expresa otorgada por el artículo 88 de la Carta al legislador, para regular “las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas”, no puede interpretarse en el sentido de que la norma le impone al legislador una restricción para desarrollar lo referente a la noción del “grupo”, sobre la base de que él mismo debe conformarse a partir del daño ocasionado a más de dos individuos. Por el contrario, en la medida en que el interés protegido por la acción de grupo está determinado por un daño individual pero que debe causarse a un número importante de sujetos, la expresión “a un número plural de personas”, utilizada por la norma superior citada, permite una interpretación amplia de la noción del “grupo”. Por ello, la exigencia de un mínimo de veinte personas para darle trámite a la acción de grupo es una medida que se inscribe en el ámbito de la facultad de configuración normativa reconocida por la disposición citada y, además, la misma es razonable en cuanto es consecuente con el interés jurídico

*que se busca proteger a través de dicha acción: los derechos homogéneos de un grupo amplio de personas.*¹⁶

Con todo esto, y teniendo en cuenta que la disposición normativa demandada no especificaba a cuál de estos dos momentos procesales se refería, la Corte condicionó la exequibilidad de la disposición demandada a que la restricción se aplicara únicamente al momento de la admisión de la demanda (artículo 46).¹⁷

Se tiene entonces que la jurisprudencia de la Corte Constitucional también ha estado orientada a remover barreras de acceso, particularmente en el aspecto de la procedibilidad de la acción, en cuanto al tipo de derechos susceptibles de ser invocados, el momento de conformación del grupo y el número de personas que deben integrarlo. Por otra parte, resalta la alta relevancia que ha tenido la jurisprudencia del Consejo de Estado en las decisiones de la Corte Constitucional. La aplicación de la doctrina del derecho viviente ha permitido a la Corte adoptar la jurisprudencia del Consejo de Estado como un criterio de decisión para estudiar la constitucionalidad de las disposiciones de la Ley 472 de 1998, especialmente en los aspectos en los que ha identificado que dicha interpretación representa una orientación dominante bien establecida. Se trata de tener en cuenta la manera en la que efectivamente viven los ciudadanos el derecho cuando interponen acciones populares, y la manera en la que los aspectos prácticos de la aplicación de la Ley se convierten en problemas constitucionalmente relevantes en el nivel abstracto.

3. Impacto de las acciones populares en la vida cotidiana de los colombianos

Esta sección busca identificar algunos casos relevantes del alto impacto en la vida cotidiana de los colombianos, con base en la construcción de categorías analíticas acerca del efecto de las acciones populares.

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-116 de 2008. MP. Rodrigo Escobar Gil.

¹⁷ La Corte decidió en dicha providencia: “Declarar EXEQUIBLE el inciso tercero del artículo 46 de la Ley 472 de 1998, en el entendido de que para la legitimación activa en las acciones de grupo no se requiere conformar un número de veinte personas que instauren la demanda, pues basta que un miembro del grupo que actúe a su nombre señale en ella los criterios que permitan establecer la identificación del grupo afectado.” Corte Constitucional. Sentencia C-116 de 2008. MP. Rodrigo Escobar Gil.

Se parte del supuesto de que por tratarse de derechos e intereses colectivos, el impacto de las decisiones que los protegen debería tener efectos tan difusos o colectivos como los derechos en juego. Sin embargo, más allá de la titularidad de los derechos que es, en efecto, difusa en términos jurídicos, los derechos colectivos, su vulneración o su protección, tienen efectos concentrados y difusos que se combinan dependiendo de los casos concretos.

Se han identificado diversos niveles de impacto:

- *Impacto difuso*: la violación de los derechos colectivos y las medidas para conjurar su vulneración tienen un impacto difuso. Beneficia a los ciudadanos colectivamente y de manera indeterminada, sin que un grupo específico reciba un impacto directo (ejemplo, recobros al Fosyga).
- *Impacto determinable*: la violación de los derechos colectivos y las medidas para conjurarla afectan a un grupo de personas determinable, aunque en principio no se encuentre determinado por razones espaciales o geográficas (cobertura universal).
- *Impacto concentrado*: la violación de los derechos colectivos y las medidas para conjurarla afectan a un grupo de personas determinadas y claramente identificables, a quienes la protección del derecho les transforma la cotidianidad de manera inmediata (ejemplo, basureros y humedales).
- *Impacto sobre la planeación en la administración*: se trata de decisiones que se caracterizan sobre todo por el profundo impacto que tienen sobre las políticas públicas en determinadas materias, creando obligaciones financieras, de ejecución, de planeación, de apropiación, de contratación, etc. (ejemplo, río Bogotá).

3.1. Impacto amplio y difuso

En el imaginario colectivo de los colombianos la acción de tutela y la Corte Constitucional, se llevan todos los aplausos dentro de los nuevos mecanismos e instituciones de defensa de los derechos fundamentales creados por la Constitución de 1991.

La tutela, bajo los lineamientos definidos por la Corte Constitucional, ha sido un instrumento clave, entre otros, en la efectividad del goce del derecho a la salud. Para algunos quizá ha llegado demasiado lejos. El activismo judicial de la Corte Constitucional y de los jueces de tutela se ha concentrado en resolver, en casos concretos, las peticiones de los ciudadanos que requieren servicios de salud que no se encuentran incluidos en el POS (Plan Obligatorio de Salud) y los cuales no pueden pagar con sus propios recursos; o bien que requieren servicios de salud que se encuentra incluidos en el POS pero que requieren períodos mínimos de cotización; o que no puede pagar los copagos; o que no se encuentran dentro del sistema de aseguramiento y ostentan la calidad de vinculados y no pueden, en consecuencia, acceder a ningún servicio de salud sino simplemente a descuentos sobre su costo total; entre muchos otros casos. De las cientos de tutelas que se interponen cada año y de las decisiones judiciales que las conceden ha surgido una suerte de POS paralelo, casi un sistema de acceso a los servicios de salud paralelo. Y dada la Constitución que tenemos y su fuerte concepción de los derechos y de la jurisdicción constitucional, difícilmente el papel de los jueces podría ser otro.

En la práctica, la consecuencia de las órdenes de tutela por parte de los jueces de tutela para las EPS (Entidades Prestadoras de Salud) es que su obligación es prestar los servicios ordenados inmediatamente a los usuarios. Estos servicios a los que están obligadas las EPS mediante acciones de tutela se encuentran por fuera del riesgo asegurado (por fuera del POS o sin cumplir con sus condiciones), lo que implica un gasto no asegurado para las entidades, y este gasto, por encontrarse fuera del riesgo cubierto por el seguro, no le corresponde asumirlo a la aseguradora. Por esta razón la Corte Constitucional reconoció desde la sentencia SU-480 de 1997 el derecho a recobrar al Fosyga las sumas de dinero que no estaban ni legal ni reglamentariamente obligadas a asumir las aseguradoras por servicios ordenados en fallos de tutela.

En la práctica, el funcionamiento de la fórmula inventada por la Corte ha tenido múltiples problemas. El gobierno se encargó de regular el procedimiento de recobro,¹⁸ el cual se demora, en términos reales, entre 9 y 12 meses para que el reembolso sea efectivo.

¹⁸ El procedimiento para efectuar el recobro fue regulado inicialmente por la resolución 3797 de 2004, derogada por la resolución 2933 de 2006, la cual actualmente los regula.

El problema parecería ser únicamente financiero y afectar únicamente los intereses de las EPS del sector asegurador privado. Sin embargo, las dimensiones del problema del recobro en el país convirtieron este asunto en una amenaza de descapitalización del sector privado del aseguramiento de salud; o de, aunque parezca superfluo pero en realidad es grave, convertir la salud en un negocio poco atractivo, inseguro, que obligue a reinvertir en otras actividades aseguradoras, como sucede hoy.

Este castigo al patrimonio está amenazando la supervivencia de la participación del sector privado en la provisión de servicios de salud dentro del SGSSS (Sistema General de Seguridad Social en Salud). En el corto plazo esta situación también afectará la prestación del servicio de salud a los usuarios, ya que restringe la capacidad de las EPS de invertir en mejorar su servicio. Y en el largo plazo, amenaza con la salida de las EPS privadas del sistema.

Si bien desde la Corte Constitucional se hizo un esfuerzo por hacer perentorios y reducidos los tiempos del recobro, y durante algunos momentos esta fórmula fue adoptada por todas las Salas de la Corte,¹⁹ actualmente sólo una Sala conserva esta fórmula, y la mayoría de despachos ordenan el recobro sin plazos perentorios, e incluso, hay una Sala que no ordena el recobro en las sentencias de tutela bajo el argumento de que es un tema que se debe hablar en otros espacios. Este escenario es desalentador, si se tiene en cuenta que según la regulación es requisito que la parte resolutive autorice el recobro. Aunque para algunos las EPS son la parte fuerte de la relación, y no necesitan que los defienda, asegurar el flujo de los recursos en el sistema es dar por hecho el funcionamiento del sistema a largo plazo, además de la prestación de más y mejores servicios.

Una sentencia del Consejo de Estado proferida dentro de una acción popular fue el primer avance serio en la garantía del flujo de recursos en el sistema de salud desde el sistema judicial. Esta fue proferida el 21 de febrero de 2007

¹⁹ La fórmula que incluye plazos es: *“Reconocer que la EPS tiene derecho a repetir contra el Estado, a través del Fosyga, para recuperar todos los gastos en los que incurra y que legalmente no le corresponda asumir, de acuerdo con la parte motiva de esta providencia. El Fosyga dispondrá de quince (15) días para reconocer lo debido o indicar la fecha máxima en la cual lo hará, fecha que no podrá exceder los seis (6) meses una vez presentada la solicitud para el pago por la EPS.”* Entre otras puede consultarse la siguiente sentencia: Corte Constitucional. Sentencia C-073 de 2008. MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, con ponencia del magistrado Enrique Gil Botero.

El asunto bajo estudio era si el retraso en el reembolso de las sumas de dinero gastadas por las EPS en la prestación de los servicios de salud, por parte del Fosyga, afectaba la moralidad administrativa, la defensa del patrimonio público, la seguridad y salubridad públicas, además del acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública, así como el acceso a los servicios públicos y a la prestación de un servicio eficiente y oportuno.²⁰

Sobre este controversial tema el Consejo de Estado consideró que:

(...) para la Sala el retardo mismo en tramitar los reclamos y pagar las cuentas, no así lo requisitos exigidos para admitirlas, afecta la moralidad administrativa, porque la desarticulación de este componente de la seguridad social atenta contra los principios y valores que inspiran la prestación del servicio, como son los de eficacia, universalidad y unidad, definidos en el artículo 2 de la Ley 100 de 1993, en los siguientes términos:

a. EFICIENCIA. Es la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente.

b. UNIVERSALIDAD. Es la garantía de la protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida.

(...)

e. UNIDAD. Es la articulación de políticas, instituciones, regímenes, procedimientos y prestaciones para alcanzar los fines de la seguridad social.

²⁰ Consejo de Estado. Acción Popular AP-00355 del 21 de febrero de 2007. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Radicación: 25000-23-25-000-2005-00355-01. El Consejo de Estado también revisó si la resolución que regulaba el procedimiento de recobro ante el Fosyga debía ser anulada por vulnerar los mismos derechos. Esta pretensión fue descartada por carecer esa entidad de competencia para anular actos administrativos y por existir una acción especial para agotar ese procedimiento.

El incumplimiento de los plazos previstos en la regulación, en forma por demás severa, según se vio en el análisis probatorio, afecta estos principios rectores del funcionamiento de la seguridad social y no se puede permitir que se perpetúe ese estado de cosas, contrario a los derechos colectivos, sin que se adopten medidas radicales para resolver los problemas que afectan a la comunidad completa.

Esta decisión se adopta no obstante que el Estado ha tomado medidas para tratar de superar los problemas analizados, pero es claro que no han sido suficientes ni óptimas para resolver todas las dificultades.

Por las anteriores razones la Sala encuentra acreditada la violación al derecho colectivo a la moralidad administrativa.

Adicionalmente,

La Sala encuentra que al actor le asiste la razón, pues el retraso del Fosyga en tramitar las reclamaciones y hacer el pago de las cuentas, amenaza por lo menos, los derechos colectivos, porque la mora en el pago tiene un efecto natural sobre el sistema, como quiera que no es igual contar a tiempo y regularmente con los recursos destinados a atender los pacientes del sistema, que imponerle a las entidades promotoras de salud la carga de financiarlo, más allá de lo que razonablemente se previó, cuando se expidieron las normas que lo crearon.

La amenaza y el riesgo a que se expone el sistema de seguridad social, en la parte que corresponde financiar al Fosyga, se acredita, suficientemente, con la mora en el trámite y posterior pago de muchas facturas de recobro, lo cual ha quedado demostrado en este proceso hasta la saciedad.

En este sentido, si bien el retardo no atenta contra la moralidad administrativa, según se dijo en el numeral anterior, sin duda sí se amenaza y pone en peligro el acceso al servicio de salud, a la seguridad y salubridad pública, y sobre todo, a que su prestación sea eficiente y oportuna, pues no es igual que las EPS cuenten, puntualmente, con los recursos que han invertido en los pacientes financiados por el Fosyga, a que el dinero tarde hasta un año o dos en recuperarse. Este hecho estimula la

ineficiencia del servicio de salud, sobre todo porque las empresas que actualmente prestan servicios públicos han entrado en la lógica de que la eficiencia financiera y la utilidad forman parte de los principios gerenciales con los cuales opera el sistema completo

En este sentido, la Sala hace propio el concepto del Ministerio Público, para quien cualquier falla o falta de eficiencia en los procedimientos diseñados, puede llevar al colapso del sistema. Por ejemplo, un retraso injustificado y sistemático en la auditoría y pago de los recobros por medicamentos no POS y fallos de tutela, acumulando altas cifras por pagar, puede provocar un desmedro económico para las EPS y las ARS que, a su vez, comprometan su capacidad financiera, y por ende su eficiencia, e inclusive su viabilidad, afectándose de esa manera el acceso a la infraestructura de salud. Lo anterior, agregó, pone en peligro la sostenibilidad del sistema y, por consiguiente, el derecho colectivo al acceso a la infraestructura de los servicios públicos que garantice la salubridad pública y a que su prestación sea eficiente y oportuna.²¹

Como consecuencia de lo anterior, en dicha providencia se decidió:

SEGUNDO. Ordénase al MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL y al CONSORCIO FISALUD conformado por FIDUCOLOMBIA S.A., Fiduciaria La PREVISORA S.A. y FIDUCAFE S.A., o a quien ejerza sus funciones, que los trámites de los recobros y las cuentas de cobro se realicen en el tiempo previsto en la resolución 3797 de 2004 -o las que la han adicionado, modificado o derogado-, tratándose de procedimientos administrativos que se inicien a partir de la fecha.

Los trámites que están en mora deben adelantarse en un plazo máximo de dos (2) meses, contados desde la ejecutoria de este fallo.

²¹ Consejo de Estado. Acción Popular AP-00355 del 21 de febrero de 2007. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Radicación: 25000-23-25-000-2005-00355-01

Los pagos que están mora, porque cumplen con los requisitos de las resoluciones vigentes, deben efectuarse en un término máximo de un (1) mes.²²

Para asegurar su cumplimiento se creó un Comité de verificación interinstitucional para el seguimiento de la sentencia:

QUINTO. Para hacerle seguimiento a esta decisión créase el Comité de verificación, conformado por el Magistrado ponente del Tribunal a quo; un representante del Ministerio Público, designado por el Procurador General de la Nación; un representante de todas las EPS, y otro de todas las ARS, que funciona en el país, escogidos entre ellos; y un representante de todas las Direcciones Seccionales de Salud de cada departamento, designado entre ellos.²³

El Consejo de Estado, en resumen, consideró que obstruir el flujo de los recursos, al demorar el pago de los reembolsos y al demorar el trámite de las solicitudes de recobro, vulneraba diversos derechos colectivos, pues los afectados de esa conducta no eran los derechos económicos de las EPS sino los derechos que tienen los ciudadanos a acceder a la infraestructura de salud, al servicio público de salud, entre otros.

Si bien no es claro cuál ha sido el alcance del cumplimiento de esta decisión por parte del Fosyga es una decisión definitiva para el largo plazo del sistema. Es una decisión de gran importancia, teniendo en cuenta su relevancia para la sostenibilidad del sistema en el futuro. Plantear la afectación patrimonial de los aseguradores de salud, como un problema colectivo relacionado con la estructura económica y la supervivencia del sector, también permitió que las decisiones no se concentraran en los aseguradores propiamente sino en la garantía del flujo de los recursos.

No es posible identificar un segmento de población específico que pueda denominarse como afectado con esta decisión, es un efecto propiamente colec-

²² *Ibidem.*

²³ *Ibidem.*

tivo o difuso, teniendo en cuenta que la pertenencia, la calidad de la partencia y muchas otras variables son coyunturales en salud. Nadie específicamente se beneficia al tener un sistema de salud con un buen flujo de sus recursos, se benefician todos, incluso los que no pertenecen a él, pero que eventualmente lo harán.

Recientemente, la Corte Constitucional respaldó la decisión del Consejo de Estado en la sentencia T-760 de 2008, MP. Manuel José Cepeda Espinosa, en la cual, entre otras decisiones, la Corte ordenó elaborar un plan de contingencia para pagar los recobros atrasados y tramitar las solicitudes atascadas. En la parte motiva la Corte respaldó la actuación del Consejo de Estado y, desde la perspectiva de los derechos fundamentales individuales, reconoció que efectivamente el cambio del flujo de los recursos en el sistema de salud afecta el derecho a la salud.²⁴

3.2. Segmento de población identificable pero difusa

La cobertura universal fue parte del diseño del sistema de salud desde la Ley 100 de 1993, que en el artículo 162 indicó: “El Sistema General de Seguridad Social de Salud crea las condiciones de acceso a un Plan Obligatorio de Salud para todos los habitantes del territorio nacional antes del año 2001”; sin embargo 7 años después de la meta inicial no ha sido cumplida.

²⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-760 de 2008. MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

“VIGÉSIMO SEXTO. - Ordenar al Ministerio de la Protección Social y al administrador fiduciario del Fosyga que, si aún no lo han hecho, diseñen un plan de contingencia para: 1) adelantar el trámite de las solicitudes de recobro que están atrasadas y 2) agilizar los pagos de las solicitudes de recobro en las que se verificó el cumplimiento de los requisitos de las resoluciones vigentes, pero que aún no han sido pagadas, de acuerdo con lo señalado en esta providencia. Este plan deberá contener al menos: i) metas específicas para el cumplimiento de la presente orden, ii) un cronograma para el cumplimiento de las metas y iii) las acciones que se llevarán a cabo para el cumplimiento de las metas, especificando en cada caso el funcionario responsable de su cumplimiento. || Este plan deberá ser presentado, antes del 15 de noviembre de 2008 ante el Comité de Verificación, creado por el Consejo de Estado, y ante la Corte Constitucional, y deberá ser ejecutado en su totalidad antes de marzo 15 de 2009. En caso de que en esta fecha (15 de marzo de 2009) no se haya efectuado el reembolso de al menos el 50% de las solicitudes de recobro que están atrasadas en el trámite a 31 de septiembre de 2008, independiente de las glosas que tengan, operará un mecanismo de compensación general para dicho 50%. El porcentaje restante deberá haber sido cancelado en su totalidad antes del primero (1°) de julio de 2009. En caso de que posteriormente se verifique que el Fosyga no estaba obligado a realizar determinados reembolsos, deberá adoptar las medidas para compensar esos recursos, con la correspondiente EPS. || El Ministerio de la Protección Social y el administrador del Fosyga presentarán un informe sobre la ejecución del plan de contingencia cada dos meses al Comité de Verificación”.

El Consejo de Estado, mediante una sentencia proferida el 16 de mayo de 2007, protegió los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al acceso al servicio público de salud, por considerar que los recursos aforados en el sistema para la ampliación de la cobertura del régimen subsidiado, en aras de alcanzar la cobertura universal en salud, no habían sido destinados según el mandato de la Constitución y la ley. Con base en esto, dicha entidad ordenó:

Inaplicar el artículo 5°. Literal c del Decreto Reglamentario 050 de 2003.

En consecuencia, declarar que los recursos de la subcuenta de solidaridad del Fosyga, en tanto parafiscales, no se encuentran sujetos a apropiación presupuestal en los términos del artículo 29 del Estatuto Orgánico de Presupuesto; razón por la cual, no deben incorporarse al presupuesto para efectos de su ejecución. Los criterios para su presupuestación y gasto corresponden de manera exclusiva al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, en conformidad con los artículos 172, numeral 12, y 218 de la Ley 100 de 1993.

Ordenar al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud y al Ministerio de la Protección Social ejecutar dentro del término improrrogable de un (1) año, contado a partir de la ejecutoria de este fallo, la totalidad de los excedentes financieros de la subcuenta de solidaridad del Fosyga y sus respectivos rendimientos en ampliación de cobertura de los entes territoriales. Para el efecto, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, con la colaboración de la Dirección General de Financiamiento del Ministerio de la Protección Social, el Departamento Nacional de Planeación y quien ejerza como administrador fiduciario del Fosyga, deberá establecer los criterios de aplicación de estos recursos y el cronograma para su ejecución. Tales criterios deberán ser acogidos mediante Acuerdo del CNSSS y entregados al Comité de Verificación y Seguimiento, en un término máximo de tres (3) meses, contados a partir de la ejecutoria de esta providencia.

Integrar un Comité de Verificación y Seguimiento en el que participe la Superintendencia Nacional de Salud, la Contraloría General de la República y la Procuraduría General de la Nación a través de la Procuraduría

*Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública, con el fin de verificar la expedición del Acuerdo por el cual se establezcan las condiciones de ejecución de los excedentes financieros de la subcuenta de solidaridad del Fosyga, su efectiva ejecución mediante informes bimensuales, así como el cumplimiento de las metas de universalidad planteadas en las proyecciones establecidas en el Oficio de fecha 30 de noviembre de 2006 y en el Plan Nacional de Desarrollo.*²⁵

En cumplimiento de esta orden, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud profirió el Acuerdo 377 de 2008: “Por el cual se establecen los criterios de aplicación de los excedentes financieros de la Subcuenta de Solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía-Fosyga para darle cumplimiento al fallo del Consejo de Estado”, y los Acuerdos 383 y 384 de 2008.

En el Congreso el plazo para el cumplimiento de la cobertura universal también fue replanteado, en la Ley 1122 de 2007 en la que el artículo 9 señaló un nuevo plazo: “El Sistema General de Seguridad Social en Salud alcanzará en los próximos 3 años, la cobertura universal de aseguramiento en los niveles I, II y III del Sisbén, de las personas que cumplan con los requisitos para la afiliación al Sistema”.

En esa oportunidad el activismo judicial fue nuevamente el responsable de que el sistema de salud al menos dispusiera las condiciones para avanzar en la mayor promesa de la Ley 100 de 1993, la cobertura universal en salud.

Recientemente, en la sentencia ya citada de la Corte Constitucional, T-760 de 2008, MP. Manuel José Cepeda Espinosa, la Corte respaldó también la decisión del Consejo de Estado y reiteró: “VIGÉSIMO NOVENO. Ordenar al Ministerio de la Protección Social que adopte las medidas necesarias para asegurar la cobertura universal sostenible del Sistema General de Seguridad Social en Salud, en la fecha fijada por la Ley –antes de enero de 2010–. En caso de que alcanzar esta meta sea imposible, deberán ser explicadas las razones del incumplimiento y fijarse una nueva meta, debidamente justificada”.

²⁵ Consejo de Estado. Sección Tercera. Fallo del 16 de mayo de 2007. Auto aclaratorio del 1 de noviembre de 2007. Acción popular instaurada por Luis Fanor Martínez Peñaranda contra el Ministerio de la Protección Social (la Nación y otros).

La cobertura universal es un hecho definitivo en la transformación del sistema de salud en Colombia y de los resultados en salud de los colombianos. Hoy afecta especialmente a aquellos que se encuentra en calidad de vinculados al sistema. Sin embargo, esta es también una población variable.

En las dos decisiones tomadas del tema de salud el activismo judicial del Consejo de Estado en la protección de los derechos colectivos ha permitido avanzar en aspectos en los que los afectados habrían tenido, y de hecho tuvieron, muy poca capacidad de organizarse para reclamar la protección de sus derechos frente a otros grupos específicos con gran capacidad organizativa.

3.3. Efectos concentrados

Uno de los casos recurrentes en los cuales se solicita la protección de derechos colectivos mediante acción popular es la existencia de botaderos de basura sin el cumplimiento de los requisitos legales (entre ellos, la prohibición de que la disposición final sea efectuada a cielo abierto, el establecimiento de sistemas de procesamiento de lixiviado y sólidos, la ubicación fuera del área urbana, etc.).

La constatación del incumplimiento de estos requisitos en múltiples oportunidades ha dado lugar a la protección de los derechos colectivos al ambiente sano, a la protección de los recursos naturales y a la salubridad pública, entre otros. La regla establecida por el Consejo de Estado indica que “la ausencia de un lugar adecuado y acorde con las exigencias legales para el procesamiento de basuras implica una vulneración de los derechos e intereses colectivos”.²⁶

En la sentencia del 31 de mayo de 2007, el Consejo de Estado, con ponencia de Martha Sofía Sanz Tobón, protegió los derechos colectivos de los habitantes del municipio de San Antonio, Tolima, que resultaban vulnerados, según el alto tribunal, por la ausencia de un basurero con los requisitos reglamentarios, aun cuando en el hospital municipal no se hubieran constatado casos de afectación a la salud por la presencia del basurero.

En la sentencia del 2 febrero de 2006 el Consejo de Estado, con ponencia de Rafael E. Ostau de Lafont Planeta, protegió los derechos colectivos de los habitantes del municipio de Pueblo Bello, Cesar, también por considerar que

²⁶ Consejo de Estado. Acción Popular del 31 de mayo de 2007. Consejera Ponente: Martha Sofía Sanz Tobón. Radicación número: 73001-23-31-000-2003-00540-01 (AP). Disponible en https://www.superservicios.gov.co/basedoc/consejo_estado.shtml?x=69622

estos se vulneraban por la ausencia de un botadero de basuras que cumpliera las condiciones reglamentarias.

En estos casos los efectos de las decisiones se concentran sobre un grupo específico de personas que se afectan directamente con el hecho generador de la vulneración de los derechos, por ejemplo, en estos casos específicos, lo vecinos de los municipios de los basureros. Igual, se entiende que existe un efecto difuso que parte de la comprensión del entorno ambiental como una unidad.

3.4. Efectos sobre las políticas públicas

Las acciones populares con mucha frecuencia adoptan decisiones que implican a su vez adoptar programas para modificar situaciones que vulneran los derechos colectivos, tal y como se describió en los ejemplos de salud.

En el caso de la acción popular proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en cuanto a la contaminación del río Bogotá, más allá de ordenar adoptar una medida de política pública, se ordenó transformar por completo la concepción de protección del río, la priorización de los recursos y el papel de las autoridades y del sector privado involucrado.

Si bien el punto de partida del demandante se refería a la contaminación propiciada por el comportamiento de la Empresa de Energía de Bogotá (EEB), el resultado final fue el compromiso de los sectores público y privado en la protección de la cuenca hídrica, y la distribución de responsabilidades en todos los niveles, incluido el nacional. En efecto, en la parte resolutive de esta providencia se efectuó una declaración de responsabilidad compleja, involucrando facetas positivas y negativas del derecho. Ésta indicó la providencia que no prosperaban las excepciones y en cambio se declaraban responsables a los demandados (casi todos llamados al proceso por la autoridad judicial y algunos pertenecientes a grupos indeterminados): “de la catástrofe ecológica del río Bogotá, de la contaminación de los ríos y quebradas afluentes del primero y de que dan cuenta las pretensiones, por acción a todos los habitantes e industrias de la cuenca que desde hace no menos de veinte años han venido realizando sus vertimientos domésticos e industriales sin tratar como actores difusos, por omisión en el control de los vertimientos de las aguas residuales a la nación (...)”.

Con base en el amparo de los derechos al ambiente sano, a la salubridad pública y a la eficiente prestación de los servicios públicos, en el numeral ter-

cero se ordenó volver la situación a su estado anterior, es decir, descontaminar el río Bogotá. Para cumplir con esta orden macro se definieron 26 directrices con autoridades responsables y tareas específicas y medibles, adicionalmente, se indicaron obras específicas de infraestructura que deberían adelantarse por las diferentes autoridades, y se determinaron los recursos a cargo de los cuales estas deberían desarrollarse.

Esta es una decisión que determinó, con un alto detalle, el contenido que debe tener la política pública de protección del río Bogotá, las entidades, personas, empresas y hasta poblaciones que se encuentran involucradas, y las responsabilidades de cada uno, los recursos que deben invertir y la manera en que deben hacerlo. Además es una sentencia con efectos económicos relevantes, que genera costos para la ciudad, el departamento, la nación y para todos aquellos que se benefician de la cuenca hídrica.

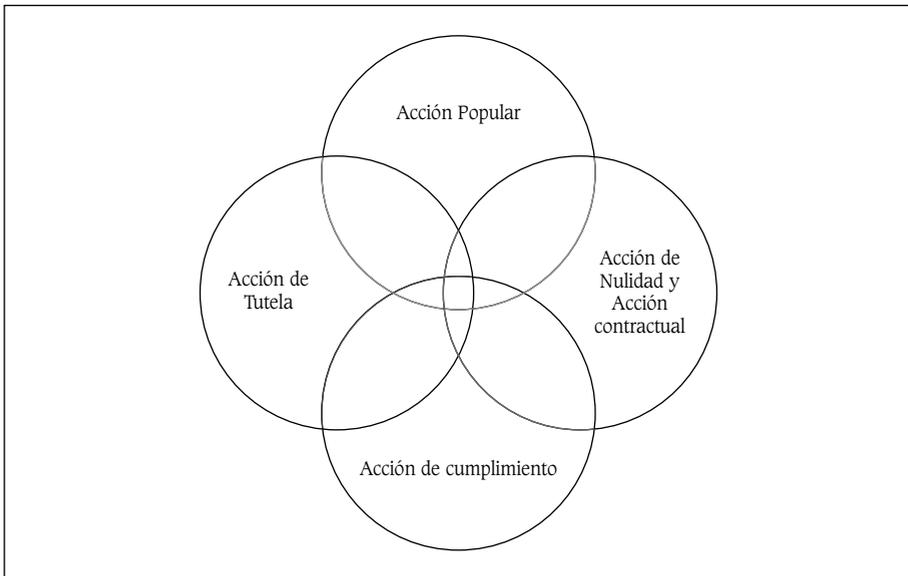
Los fallos en procesos de acciones populares han sido poco estudiados. La atención de la academia y la opinión pública en el campo de las acciones constitucionales se ha concentrado en las decisiones de tutela y constitucionalidad adoptadas por la Corte Constitucional. Sin embargo, diferentes autoridades contencioso administrativas han proferido sentencias en procesos de acciones populares iguales o más importantes que las de la misma Corte Constitucional, con efectos económicos, ordenando la adopción de políticas públicas y endureciendo las normas de protección de derechos sociales. Estas decisiones, tanto como la tutela, han cambiado la vida de los colombianos en diferentes niveles. Queda pendiente la tare de profundizar, sistematizar y avanzar en esta investigación

4. Acción popular y sobreposición de acciones

La multiplicidad de acciones constitucionales creadas en la Carta de 1991 ha producido “cruces” o “traslapes” de mecanismos de protección que versan sobre las mismas materias. Así, es posible que mediante una acción de tutela se resuelvan temas o derechos que en principio deberían resolverse a través de la acción popular, o bien sucede también que mediante una acción popular se resuelven asuntos propios de otra acción, como la nulidad y restablecimiento del derecho.

Son dos las perspectivas que permiten entender el traslape entre las acciones populares y las demás acciones constitucionales: una que podríamos denominar “conceptual”, en la medida en que se refiere a la definición del con-

tenido de los derechos colectivos, y la otra, una perspectiva legal, en la medida en que está relacionada con las características propias de la Ley 472 de 1998:



Fuente: Elaboración propia

4.1. Perspectiva conceptual

Desde esta mirada el problema de la sobreposición de acciones en materia de acciones populares radica, en principio, en la definición del concepto mismo de “derecho colectivo”, como objeto de protección de estas acciones. Actualmente existen diversas versiones del contenido de estos derechos que ponen de manifiesto la dificultad que implica la existencia de nociones disímiles y desconcentradas, pues dan lugar a un campo ilimitado de interposición a la acción popular, a confusiones acerca de su procedibilidad y los límites con otros derechos individuales.

4.2. Perspectiva legal

Esta mirada parte del reconocimiento de las dificultades que la misma Ley 472 de 1998 ha traído al uso y aplicación de las acciones populares,²⁷ al considerar

²⁷ El consejero de Estado Alier Eduardo Enríquez se ha referido a dicha Ley indicando que “una regulación legal oscura, confusa y, en ocasiones, contradictoria a las nuevas acciones ha sido deter-

que esta regulación no se formuló en armonía con las demás acciones constitucionales y legales existentes, además de resultar en algunos casos vaga e incompleta, y de contener otro tipo de problemas internos que impiden su comprensión. En este sentido, múltiples propuestas han sido realizadas con el ánimo de reformar la regulación adoptada en esta Ley, pero hasta la fecha ninguna reforma estructural a las acciones populares ha sido exitosa.

Así, en materia de competencia existen problemas específicos derivados bien de la indeterminación del contenido de los derechos colectivos o bien de las dificultades propias de la Ley 472 de 1998. En cualquier caso, es claro que la rama judicial se ha visto afectada, no sólo por los problemas entre jurisdicciones cuando se ventilan asuntos propios de otra acción a través de la acción popular, sino también por los problemas relacionados con la congestión judicial que, si bien no son causados exclusivamente por la regulación de las acciones populares, sí son alimentados en buena parte por la falta de mecanismos que permitan organizar la competencia en esta materia y que limiten a los actores en el uso de múltiples mecanismos para buscar la satisfacción de una misma necesidad jurídica.

De esta manera, dependiendo del derecho que se trate, en Colombia el abanico de acciones se encuentra abierto para que se acuda a la jurisdicción. Los traslapes más comunes entre acciones se presentan así: acción de tutela sobre acción popular y acción popular sobre acciones contenciosas, como la acción de nulidad, nulidad y restablecimiento y la acción contractual.

minante en la ausencia de claridad y coherencia en la solución de los casos concretos que, en número creciente, se resuelven en los estrados judiciales". Henao, Juan Carlos, 2003.

Fuente: "La presunción de legalidad de los actos administrativos y de validez de los contratos estatales en las acciones populares". *Revista del Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado*. No. 12, 2002. Citado por Henao, Juan Carlos. "La peculiaridad del sistema colombiano en la protección de los derechos colectivos". *Gacetilla de acciones populares y de grupo*. Defensoría del Pueblo, 2003. p 24.

Por otra parte, desde la doctrina, el profesor Javier Tamayo confiesa que: "Terminado el original de este trabajo, dudé seriamente sobre la conveniencia de su publicación, pues las encrucijadas en que mete la Ley 472 a su intérprete hacen imposible la propuesta de soluciones más o menos coherentes que tengan apoyo en doctrinas o en legislaciones similares. No hay en dicha Ley una sola norma carente de conflictos y vacíos (...) Así de confusa es la ley de acciones populares y de grupo". Tamayo Jaramillo, Javier, 2001.

4.3. Acción popular y acción de tutela: un traslape necesario

Son diversas las sentencias de tutela que han establecido los criterios que permiten en casos particulares la solución de lo que pareciera ser un conflicto de carácter colectivo a través de la acción de tutela. Como se explica a continuación, esta solución de conflictos, que involucran intereses y derechos colectivos a través de la tutela, es sólo aparente, pues éstos sólo se protegen por conexidad por medio de esta acción cuando un derecho fundamental se ve amenazado.

La acción popular ha sido consagrada en la Constitución y en la ley como el mecanismo idóneo para la protección y garantía de los derechos e intereses colectivos,²⁸ la acción de tutela, en cambio, es la vía judicial expedita para la protección de los derechos constitucionales fundamentales. Ambas son acciones de rango constitucional que tienen un área específica de acción y tienen señalados legalmente los aspectos propios de su competencia. Sin embargo, existen casos en los que la transgresión de un derecho colectivo implica además la vulneración o amenaza de un derecho fundamental,²⁹ esto es, además de la violación de los intereses estrictamente colectivos, que se comprometen o se ponen en peligro, por las mismas causas, derechos constitucionales fundamentales de las personas, dando lugar a la procedencia de la acción de tutela para hacerlos efectivos, generando de esta forma un traslape de acciones.

La jurisprudencia constitucional ha establecido los criterios para que proceda la acción de tutela en aras de solucionar un conflicto de carácter colectivo, y así proteger tanto los derechos fundamentales como los colectivos, cuando estos confluyen en un mismo caso.

Como se verá a continuación, se trata de tres requisitos para que proceda la acción de tutela, aun cuando no estén involucrados derechos colectivos, es decir, para todos los casos.

²⁸ Tales como: el espacio público, la seguridad, la salubridad, el medio ambiente la moralidad administrativa, el patrimonio público, entre otros.

²⁹ A manera de ejemplo, en la sentencia T-453 de 1998, MP. Alejandro Martínez Caballero, se protegió el derecho al medio ambiente sano en conexidad con los derechos a la vida digna y a la integridad personal, como consecuencia de las graves condiciones de salud en que se encontraban niños y adultos del municipio de Ricaurte, a raíz de la falta de preservación y cuidado del botadero de basura de ese municipio.

4.3.1. Existencia de un perjuicio irremediable

Un perjuicio es irremediable cuando es inminente, cuando las medidas para corregirlo deben ser urgentes, cuando el daño es grave y su protección impostergradable, Corte Constitucional, SU-713 de 2006, MP. Rodrigo Escobar Gil. En el estudio que nos ocupa, ese perjuicio debe ser sobre un derecho de naturaleza fundamental causado por la violación o amenaza de un derecho colectivo; por lo tanto, se permite que se acuda a la acción de tutela como mecanismo transitorio de defensa judicial³⁰ si se logra probar un perjuicio irremediable. La ley establece que cuando se trata de evitar un perjuicio irremediable la tutela procede así se cuente con otros recursos o medios de defensa judicial, de lo contrario será improcedente.

La tutela, bajo este criterio, se utiliza como mecanismo transitorio; así pues, el juez debe señalar expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente decida de fondo sobre la acción instaurada por el afectado. En todo caso, el afectado deberá ejercer dicha acción en un término máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de la tutela, si no la instaura cesarán los efectos de éste.

Cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un daño irreparable, la acción de tutela también podrá ejercerse conjuntamente con la acción de nulidad y de las demás procedentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En estos casos, el juez si lo estima procedente, podrá ordenar que no se aplique el acto particular con respecto a la situación jurídica concreta, cuya protección se solicita mientras dure el proceso. (Artículo 8 decreto 2591 de 1991)

Como lo que genera el perjuicio sobre el derecho fundamental es la violación del derecho colectivo, las medidas que se adoptan para evitar, disminuir o corregir el daño deben ser encaminadas a resarcir tanto lo que está generando la violación del derecho colectivo, causante del deterioro, como las medidas para restablecer los derechos fundamentales al estado en el que se encontraban

³⁰ La situación fáctica que legitima la acción de tutela por la existencia de un perjuicio irremediable supone la necesidad de conferir un amparo transitorio, o en otras palabras, de adoptar una medida precautelativa, para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se invoquen como vulnerados. De suerte que, la prueba de su configuración debe recaer necesariamente sobre el posible daño o menoscabo que sufriría el derecho fundamental objeto de protección. Sentencia SU-713 de 2006, MP. Rodrigo Escobar Gil.

antes de la ocurrencia de la violación. Es así como se genera una sobreposición de acciones, ya que se está resolviendo mediante la acción de tutela el contenido propio de la acción popular.

4.3.2. *Conexidad*

La premisa de que la acción de tutela sólo procede para la protección de derechos fundamentales y que, por regla general, no procede para la protección de los derechos colectivos se sostiene, pero si la afectación de un interés colectivo implica también la vulneración o amenaza de un derecho fundamental; entonces, la acción de tutela, por excepción, es procedente y prevalece sobre las acciones populares, convirtiéndose en el instrumento idóneo para el amparo de los derechos vulnerados o amenazados.

Existe conexidad cuando se presenta un nexo causal o un vínculo directo entre la vulneración o amenaza del derecho fundamental y el daño causado al derecho o interés colectivo. Se debe determinar directamente que la lesión o amenaza del derecho fundamental es producto de la perturbación de los derechos colectivos, en palabras de la Corte Constitucional: “(...) *deberá acreditarse el nexo causal existente entre el motivo alegado como causante del daño colectivo y el perjuicio o amenaza individual que el peticionario dice afrontar*”.⁵¹

Así, por ejemplo, en la sentencia T-1527 de 2000, MP. Alfredo Beltrán Sierra, se manifestó que:

(...) a pesar de que el derecho al ambiente sano no tiene el carácter de derecho fundamental en nuestra Carta, sino que es un derecho colectivo susceptible de ser protegido mediante las acciones populares (artículo 88 C.P.) procede su protección a través del mecanismo excepcional de la acción de tutela cuando, en razón de la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular, se amenacen o vulneren derechos fundamentales como la vida, la salud, la integridad física, o se afecte el derecho que tienen todas las personas de gozar de un ambiente sano. Es decir, es un derecho fundamental por conexidad.

⁵¹ Sentencia T-539 de 1993, MP. José Gregorio Hernández Galindo.

Agregó que:

*Para que la tutela proceda y prevalezca en caso de afectación de un interés colectivo, es necesario: i) que exista conexidad entre la vulneración de un derecho colectivo y la violación o amenaza a un derecho fundamental, de tal suerte que el daño o la amenaza del derecho fundamental sea “consecuencia inmediata y directa de la perturbación del derecho colectivo”. Además, ii) el peticionario debe ser la persona directa o realmente afectada en su derecho fundamental, pues la acción de tutela es de naturaleza subjetiva; iii) la vulneración o la amenaza del derecho fundamental no deben ser hipotéticas sino que deben aparecer expresamente probadas en el expediente. Y iv) la orden judicial debe buscar el restablecimiento del derecho fundamental afectado, y “no del derecho colectivo en sí mismo considerado, pese a que con su decisión resulte protegido, igualmente, un derecho de esta naturaleza”.*³²

Además de los cuatro requisitos mencionados en la sentencia expuesta anteriormente, la Corte ha señalado que es requisito fundamental para la procedencia de la tutela como mecanismo de protección de derechos colectivos por conexidad con derechos fundamentales que en el proceso se demuestre que la acción popular no es idónea, en el caso concreto, para amparar específicamente el derecho fundamental vulnerado o amenazado. Al respecto ha dicho esa la Corte:

Esta breve referencia muestra que en principio la Ley 472 de 1998 es un instrumento idóneo y eficaz para enfrentar las vulneraciones o amenazas a los derechos colectivos. (...). En tales circunstancias, la entrada en vigor de una regulación completa y eficaz sobre acciones

³² Cfr. entre otras, las sentencias SU-1116 de 200, MP. Eduardo Montealegre Lynett, 1. En este sentido ha dicho la Corte “De la misma manera y en aras de los principios que sustentan nuestro ordenamiento jurídico, podrá en ciertos casos tutelarse los derechos fundamentales de las demás personas que, no habiendo instaurado la acción, son víctimas de las mismas circunstancias del demandante, al cual se le ha reconocido mediante fallo de tutela la protección de sus derechos fundamentales vulnerados en conexidad con la afectación de un derecho colectivo. Sentencia T-576 de 2005, MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

populares implica que, fuera de los cuatro requisitos señalados (...), para que la tutela proceda en caso de afectación de un derecho colectivo, es además necesario, teniendo en cuenta el carácter subsidiario y residual de la tutela (CP art. 86), que en el expediente aparezca claro que la acción popular no es idónea, en concreto, para amparar específicamente el derecho fundamental vulnerado en conexidad con el derecho colectivo, por ejemplo, porque sea necesaria una orden judicial individual en relación con el peticionario. En efecto, en determinados casos puede suceder que la acción popular resulta adecuada para enfrentar la afectación del derecho colectivo vulnerado, pero ella no es suficiente para amparar el derecho fundamental que ha sido afectado en conexidad con el interés colectivo. En tal evento, la tutela es procedente de manera directa, por cuanto la acción popular no resulta idónea para proteger el derecho fundamental. Pero si no existen razones para suponer que la acción popular sea inadecuada, entonces la tutela no es procedente, salvo que el actor recurra a ella “como mecanismo transitorio, mientras la jurisdicción competente resuelve la acción popular en curso y cuando ello resulte indispensable para la protección de un derecho fundamental”.³⁵

4.3.3. La real vulneración o amenaza del derecho fundamental

En este caso debe existir el daño y el accionante debe probar fehacientemente que existe un daño o una amenaza concreta y cierta de sus derechos fundamentales por la violación del derecho colectivo.

A este respecto la Corte ha señalado que: “(...) si una persona individualmente considerada puede probar que la misma causa (perturbación del medio ambiente) está afectando o amenazando de modo directo sus derechos fundamentales o los de su familia, al poner en peligro su vida, su integridad o su salubridad, cabe la acción de tutela en cuanto a la protección efectiva de

³⁵ En el mismo sentido: sentencias SU-257 de 1997, MP. José Gregorio Hernández Galindo, T-576 de 2005, MP. Humberto Antonio Sierra Porto, SU-1116 de 2001, MP. Eduardo Montealegre Lynett.

esos derechos fundamentales en el caso concreto, sin que necesariamente el amparo deba condicionarse al ejercicio de las acciones populares".⁵⁴

En conclusión, lo que sucede es que se protege el derecho colectivo de manera indirecta, porque el fin principal sigue siendo el de proteger un derecho fundamental individual que se está viendo vulnerado por causa de la violación de un derecho colectivo; por lo tanto, para proteger el derecho individual se deben tomar las medidas resarcitorias para hacer cesar la violación de los derechos colectivos.

4.4. Acciones populares y contenciosas: los conflictos de competencia

Desde la expedición de la Ley 472 de 1998 han sido numerosas las manifestaciones de inconformismo en cuanto a la regulación de las acciones populares contenida en esta norma. Como se indicó en la introducción de este capítulo, desde la jurisprudencia y la doctrina se han identificado no sólo lagunas y ambigüedades normativas, sino también problemas de definición respecto al contenido de los derechos colectivos, como límites al interés para accionar en cada caso específico.

Desde el análisis del derecho constitucional y el administrativo se ha identificado como un resultado común de la ambigüedad normativa y conceptual el traslape de acciones contenciosas y la acción popular o, más bien, la utilización de ésta en detrimento de las primeras. Esto sucede especialmente en materia de nulidad de actos administrativos y de las acciones de orden contractual.

En esta materia, el problema radica en que la competencia del juez de la acción popular, cuando la vulneración de un derecho colectivo proviene de un acto administrativo o un contrato estatal, debe extenderse a la posibilidad de anulación de aquellos actos, pues mientras el acto administrativo esté vigente el juez popular no puede pronunciarse.⁵⁵ En materia de acciones contenciosas

⁵⁴ Sentencia T-437 de 1993, MP. José Gregorio Hernández Galindo.

⁵⁵ Bermúdez, Martín. Acción popular y nulidad de actos administrativos. Corporación Excelencia en la justicia. Ibagué 2006. pp. 10-11. El explica que "En un caso, por ejemplo, la entidad estatal contratante considera que el contratista incumplió gravemente el contrato y en consecuencia declara la caducidad del mismo. A su vez el contratista estima que fue la entidad contratante la que incumplió, y por ende demanda para que le pague los perjuicios. En esta situación el contratista debe hacer una petición previa para que se declare la nulidad del acto administrativo de caducidad. Si no lo hace, el juez

el problema se centra en que las acciones populares, como indica el profesor Martín Bermúdez, se han convertido en acciones de control de legalidad. Por tal motivo, en este tema deberá estudiarse la tensión existente entre la protección de los derechos colectivos en cada caso concreto, frente a la protección de los derechos de los beneficiados por los actos administrativos y contratos estatales que se pretenden anular. Y así a continuación se observarán las diferentes corrientes que dentro del Consejo de Estado han tratado de solucionar este problema, definiendo en diversas etapas posiciones extremas e intermedias que buscan la definición concreta del ámbito de aplicación de cada acción.

La jurisprudencia del Consejo de Estado en esta materia no ha sido uniforme. De hecho, como lo explica este mismo Tribunal:

La interpretación de las distintas secciones del Consejo de Estado sobre el alcance de las competencias del juez popular en punto de anulación de actos administrativos no ha sido uniforme, y sus diversos criterios pueden agruparse en dos grandes líneas jurisprudenciales. Una primera postura del Consejo de Estado, que podría calificarse de “restrictiva”, niega las atribuciones del juez popular para anular actos administrativos, sobre la base de la presunción de legalidad de los mismos y de la existencia de otros medios judiciales (contenciosos objetivo y subjetivo), creados justamente para enervar dicha presunción ante la jurisdicción contenciosa, o lo que es igual, la acción popular no está establecida para definir la legalidad de actos administrativos, en tanto no se pueden controvertir por cuanto pueden ser atacados mediante acciones de nulidad y, nulidad y restablecimiento del derecho, a través de las cuales los interesados pueden alegar y demostrar que con la expedición de los actos impugnados la administración violó normas de orden superior a las que debía sujetarse. En contraste, una segunda tendencia jurisprudencial, que podría denominarse “amplia”, encuen-

proferirá una sentencia inhibitoria, porque no puede desconocer un acto administrativo de caducidad en el cual se establece que quien incumplió fue el contratista. Un juez no puede pronunciarse en contra de lo que disponen esos actos administrativos contractuales. Por eso el demandante está obligado a pedir primero que se anule el acto y, luego de que se anule, el juez puede decir en la sentencia que quien incumplió ese contrato fue la entidad contratante y no el contratista”.

*tra que el juez de la acción popular está dotado de competencia para anular el acto administrativo, cuando quiera que éste viole un derecho colectivo, o lo que es igual, permite atacar el acto administrativo mediante acciones populares, logrando incluso su nulidad, aunque no siempre se haya expuesto explícitamente.*⁵⁶

Sólo en la línea no restrictiva se adopta una concepción extensa de los derechos colectivos. Como se ha visto ya, la acción de tutela no se sobrepone a la acción popular; lo que sucede, por el contrario, es que ésta procede cuando a pesar de verse involucrados derechos colectivos están en juego al mismo tiempo derechos fundamentales que, por sus características específicas, deben ser protegidos de forma inmediata y prioritaria, principalmente cuando su vulneración potencial o afectación efectiva se produce en conjunto con la vulneración de derechos colectivos o como resultado de ella. De igual manera, la acción de nulidad y las acciones populares tienen un ámbito de aplicación plenamente diferenciado que, a pesar de ello, pueden coincidir en casos concretos. La acción popular tampoco se “impone” sobre la acción de nulidad o la acción contractual, pues ésta tiene, como se dijo, un ámbito de aplicación diferente. Lo que sucede es que cuando la vulneración de los derechos colectivos proviene de un acto administrativo o de un contrato estatal, resulta necesaria la anulación de los actos administrativos para que el juez de la acción popular pueda decidir el caso. Por ello, en esos casos especiales y específicos, debe el mismo juez popular decidir la validez de esos actos, pero bajo unas condiciones y restricciones específicas.

De la misma manera, han existido varias posiciones jurisprudenciales en torno a la competencia anulatoria del juez popular en materia de contratos estatales; especialmente, por lo que a la sobreposición con la acción contractual se refiere. Así, afianzando también en este caso una amplia tesis de esas facultades del juez de conocimiento, ha dicho el Consejo de Estado que:

⁵⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá, seis (6) de octubre de dos mil cinco (2005). Radicación número: 13001-23-31-000-2002-00135-01 (AP). Actor: Personería Distrital de Cartagena de Indias. Demandado: Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias.

(...) Tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional³⁷ como la de esta Corporación³⁸ han determinado que si bien por la vía de la acción popular no es posible ventilar controversias de tipo contractual que tienen bien definidas vías procesales que les corresponden, resulta viable que cuando se acuse la vulneración a amenaza de un derecho colectivo el juez de la acción popular examine la legalidad de un contrato estatal, así como de los actos de su ejecución. Según la jurisprudencia de la Sala nada impide que una decisión judicial tenga el alcance de declarar fuera del mundo jurídico una estipulación o un contrato, si estos constituyen la causa de la afectación de los derechos colectivos.³⁹

En el mismo sentido se ha pronunciado la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencias más recientes:

Vale la pena recalcar que si bien la acción popular procede frente a contratos estatales, bien por su celebración (vgr. porque están incursos en una causal de nulidad absoluta), o por su ejecución, inejecución, mala o defectuosa ejecución, queda siempre a cargo del actor la prueba de la ilegalidad –de una parte– y de la amenaza o vulneración del derecho colectivo –de otra–, pues sólo de la concurrencia de las dos surge la procedencia de esta acción constitucional. Esto es así porque la acción popular no se estableció a manera de reemplazo de la acción contractual, de modo tal que toda controversia contractual pudiera trasladarse a ella y tramitarse y decidirse por el procedimiento especial. La razón de ser de la acción constitucional es la protección de derechos o intereses colectivos, cuya amenaza o vulneración han de aparecer claramente probadas en el proceso. Ahora, como la actividad contractual del Estado bien puede servir de mecanismo de expresión de la función

³⁷ Corte Constitucional, sentencia C-088 de 2000, MP. Fabio Morón Díaz.

³⁸ Consejo de Estado; Sección Tercera, sentencia de 31 de octubre de 2002, AP 518; sentencia de 26 de septiembre de 2002, AP- 612.

³⁹ Consejero ponente: Filemón Jiménez Ochoa. Bogotá, veinticuatro (24) de junio de dos mil cuatro (2004). Radicación número: 50001-23-31-000-2002-0819-01 (AP). Actor: Iván Villanueva Mendoza y otros. Demandado: Concesión túnel Aburrá - Oriente SA y otro.

*administrativa, “El contrato administrativo no es sino una forma de la actividad administrativa, es decir, de aquella actividad estatal ‘que tiene por objeto la realización de los cometidos estatales en cuanto requieren ejecución práctica, mediante actos jurídicos, que pueden ser reglamentarios, subjetivos o actos-condición, y operaciones materiales’ (Sayagués). La actividad administrativa es, en esencia, una actividad teleológica, que está enderezada al logro de una finalidad, la cual es la satisfacción de las necesidades colectivas y la obtención de los fines propios del Estado”. Por tanto, el contrato estatal lo celebra siempre la entidad oficial en procura el interés general y público, con independencia del régimen jurídico aplicable al mismo, dado que existen contratos estatales regidos por ley 80 de 1993, otros por el derecho privado, y unos más por normas especiales. Además, debe entenderse que cuando el artículo 40 de la ley 472 prevé la responsabilidad solidaria entre el representante legal de la entidad contratante y el contratista, por sobre costos e irregularidades en la contratación, se autoriza al juez de la acción popular para examinar la validez del contrato.*⁴⁰

Así, tanto en materia contractual como de actos administrativos, la misma jurisprudencia del Consejo de Estado, aunque dubitativa y cambiante, ha permitido que en algunos casos el juez popular asuma funciones de control de legalidad propias del juez de conocimiento de la acción de nulidad (o nulidad y restablecimiento) y de la acción contractual. A pesar de esto, y buscando generar mayor control sobre un posible desplazamiento total de las acciones contenciosas tradicionales de control de legalidad, el mismo Consejo de Estado ha creado algunas tesis intermedias que ni impiden ni permiten una competencia completa sobre el control de legalidad de actos administrativos y contratos estatales, pero que, al final, llevan a este órgano a aceptar la competencia del juez de conocimiento de las acciones populares en materia de control de legalidad.

⁴⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez. Bogotá, veintidós (22) de febrero de dos mil siete (2007). Radicación número: 41001-23-31-000-2004-00726-01 (AP). Actor: María Nubia Zamora Vargas. Demandado: Empresa de servicios públicos del municipio de La Plata y otros. Referencia: acción popular.

En una sentencia del 21 de febrero de 2007,⁴¹ el Consejo de Estado resumió y explicó cada una de estas líneas jurisprudenciales para fijar, su posición al respecto:

Al interior de la Corporación se han dado varias discusiones sobre la procedencia de la acción popular para cuestionar la legalidad de los actos administrativos, cobijados con la presunción de legalidad y, en caso de ser ilegales, anularlos. Nada diferente se advierte en la evolución jurisprudencial que, a lo largo de la vigencia de la Ley 472 de 1998, ha acompañado el debate, al interior de las distintas secciones del Consejo de Estado. Se han dado cuatro vertientes en el manejo de este tema: i) tesis restrictiva, ii) tesis amplia, iii) tesis intermedia, y iv) tesis de criterio finalístico.

1.1. La tesis restrictiva no permite la discusión de la legalidad del acto administrativo en la acción popular, bajo el entendido de que para ello existen las acciones contencioso administrativas de nulidad, y de nulidad y restablecimiento del derecho. 1.2. La tesis amplia defiende la procedencia de la acción sin ninguna cortapisa o condicionamiento frente al análisis de la legalidad del acto administrativo, y admite la anulación del mismo. 1.3. La tesis intermedia admite la procedencia de la acción, pero condicionada al límite de la decisión, siendo viable suspender los efectos del acto, pero no la anulación, que sólo corresponde al juez de la acción ordinaria. 1.4. La tesis con criterio finalístico acepta la acción pero teniendo en cuenta la finalidad que persiga el actor, de tal suerte que sólo puede anularse el acto administrativo que amenace o transgreda el derecho colectivo, siendo improcedente cuando se trata de un estudio de legalidad, propio de las acciones contencioso administrativas, en las que se enerva las presunciones del acto administrativo bajo el límite de la jurisdicción rogada.

⁴¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Enrique Gil Botero. Bogotá febrero veintiuno (21) de dos mil siete (2007). Radicación número: 25000-23-25-000-2005-00355-01 (AP). Actor: Mauricio Rodríguez Echeverri. Demandado: Ministerio de la Protección Social y otros.

Lo cierto de todo es que, para la Sala, en medio de las distintas posiciones descritas, la ley de acciones populares permite que proceda este medio de defensa, ante la acción u omisión de las autoridades o de los particulares que ejerzan función administrativa, lo cual contempla la posibilidad de que se presenten, incluso, contra los actos administrativos que constituyen una de las principales manifestaciones activas o de acción de las autoridades públicas. En síntesis, para esta Sala, con fundamento en la ley, es viable analizar la legalidad de los actos administrativos, al interior de la acción popular, pero condicionado a que esa manifestación de voluntad sea causa directa de la amenaza o vulneración del derecho colectivo, criterio que se comparte y reitera en esta oportunidad, y que responde a la tesis que acepta la procedencia de la acción popular frente a la manifestación de voluntad de la administración, cuando con ésta se vulneran derechos o intereses colectivos. Además, agrega ahora la Sala, variando la jurisprudencia vigente, resulta posible para el juez declarar, incluso, la nulidad del acto administrativo transgresor de derechos colectivos, en aplicación de los poderes del juez de la acción popular, previstos en los artículos 2 y 34 de la Ley 472 de 1998 y haciendo suyos los argumentos de quienes en su oportunidad salvaron o aclararon el voto a aquellas decisiones que limitaban el poder del juez popular a la sola suspensión de los efectos. Se añadirá a lo anterior, que la concurrencia o paralelismo entre la acción popular y la acción contencioso administrativa ordinaria frente a un acto administrativo, no debe constituirse en cortapisa para el trámite y prosperidad de ninguna de ellas, pues, se reitera, habrá que atender a la finalidad de cada una de esas acciones. Tampoco puede admitirse que la concurrencia de ambas acciones, popular y ordinaria contencioso administrativa, lleve a un evento de prejudicialidad, porque una no influye ni depende de la otra; de ahí que la prosperidad de la acción popular frente a la declaratoria de nulidad del acto administrativo, por violentar los derechos colectivos, no puede ser óbice para que el juez contencioso administrativo se abstraiga de pronunciarse sobre la legalidad del acto que se hace mediante las acciones contenciosas, previstas en los artículos 84 y 85 del C. C. A. Más aún, cuando la acción

popular no está contemplada para restablecer el derecho particular, como acontece en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, ni para proteger, en abstracto, el ordenamiento jurídico, finalidad propia de la acción de nulidad, que por lo demás no puede asumir el juez popular. Se puede decir, sin embargo, que la acción popular, tal como está concebida en la Constitución y la ley, proyecta sus posibilidades hacia la protección de valores superiores y de interés universal, que sobrepasan los intereses particulares o individuales e, incluso, de mera protección abstracta del ordenamiento jurídico, sin entrar en contradicción con el objeto de las demás acciones contenciosas. Esto, en virtud del mandato constitucional y legal que impuso la protección de esta categoría de derechos.

(...) En todo caso, el juez popular debe analizar con detenimiento la finalidad pretendida por el actor y/o sus coadyuvantes, para que no se sustituya la acción ordinaria por la popular, cuyo único propósito es la protección de los derechos e intereses colectivos.

Así, teniendo en cuenta la finalidad que persigue el demandante al utilizar la acción popular, y de acuerdo con las diferentes finalidades de ésta y las demás acciones, el juez de conocimiento debe determinar la posibilidad de estudiar y decidir sobre la legalidad de un acto administrativo en cada caso concreto.

5. Incentivos

A partir de la expedición de la Ley 472 de 1998 han surgido algunos temas asociados con la aplicación de esta norma, que merecen ser analizados y debatidos. Uno de esos temas es la necesidad y conveniencia de un incentivo económico para quienes presenten y adelanten este tipo de acciones.

El incentivo se encuentra regulado en los artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998. En el primer artículo se define la regla general, que con base en un sistema de topes –mínimo y máximo– establece la obligación del juez de fijarlo en correspondencia con el derecho del demandante de recibirlo; y por su parte el segundo, define las reglas específicas para el caso de acciones populares interpuestas para proteger el derecho colectivo a la moralidad administrativa, en

cuyo caso corresponde a un porcentaje sobre el monto recuperado para la administración, mediante la acción popular.⁴²

Entre muchos otros argumentos, quienes están a favor de la medida dicen que iniciar estas acciones no es obligatorio para los ciudadanos, por lo cual un incentivo puede promover la defensa de los derechos colectivos mediante este mecanismo de protección. También señalan que en muchos casos las acciones populares involucran ciudadanos del común que emplean sus propios recursos y que se ven enfrentados a grupos económicos muy poderosos. De esta manera, el incentivo se convierte en un mecanismo para nivelar artificialmente, en alguna medida, ese desequilibrio natural de las partes. Los que están en contra del incentivo económico indican que el incentivo ha generado una serie de distorsiones en la aplicación de la figura, y que existe un grupo de personas que inician acciones populares de manera indiscriminada, con el único objetivo de obtener el pago de este incentivo económico.

Los debates acerca de la conveniencia del incentivo y sobre sus problemas de aplicación han permeado los espacios judiciales, inclinando la balanza siempre a favor de su conservación.

En el Consejo de Estado la discusión ha girado, especialmente, alrededor de la posibilidad de otorgar el incentivo cuando el proceso termine de forma anormal o a través del pacto de cumplimiento. La mayor tesis en esta materia indica que en aquellos casos en los que se satisfagan las pretensiones de la demanda, sin importar la forma de terminación del proceso, debe otorgarse el incentivo. En los casos de pacto de cumplimiento, con mayor firmeza, se ha afirmado que no puede excluirse el incentivo, en tanto se desestimularía el arreglo a través del pacto. Al respecto el Consejo de Estado ha indicado que:

⁴² Ley 472 de 1998: "Artículo 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".

Y "Artículo 40. Incentivo económico 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".

El artículo 39 de la Ley 472 de 1998 prevé que “el demandante en una acción popular tendrá derecho a recibir un incentivo que el juez fijará entre diez (10) y ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales”. Las acciones populares no tienen por objeto la obtención de beneficios pecuniarios, sino la protección efectiva de derechos e intereses colectivos, de manera que se hagan cesar los efectos de su resquebrajamiento y lo que debe motivar a los ciudadanos a interponerlas es la solidaridad, lo cual no se opone a que la ley haya establecido una compensación a la carga adicional que asumen las personas que ejercitan una acción en beneficio de la comunidad y no en el mero interés individual. El estímulo económico a favor de quienes ejercen las acciones populares se estableció desde el Código Civil (artículo 1005), el cual lo fijaba en el equivalente a “una suma que no baje de la décima ni exceda de la tercera parte de lo que cueste la demolición o enmienda, o el resarcimiento del daño; sin perjuicio de que si se castiga el delito o negligencia con una pena pecuniaria, se adjudique al actor la mitad”. Tal beneficio económico, no fue concebido como un castigo para la entidad o persona reacia a cesar en la trasgresión de los derechos e intereses colectivos, sino como una compensación por la labor altruista del actor, así dicha suma deba pagarse a costa de la entidad o persona responsable de la vulneración. El derecho al incentivo no surge por voluntad de las partes ni está sometido a la liberalidad del juez, surge del mandato legal; aunque su cuantía sí la establece éste de manera discrecional. Por eso, la Sala ha considerado que puede reconocerse el incentivo en el evento de que se nieguen las pretensiones de la demanda, como consecuencia de que para cuando se llegue a ese momento procesal haya cesado la amenaza o vulneración al derecho o interés colectivo, siempre que se logre demostrar que efectivamente existió un daño o vulneración a los intereses colectivos, y que la interposición de la demanda fue el motivo determinante por el cual cesó dicha vulneración. En consecuencia, cuando se haya probado que la conducta de la cual se predicaba la violación de los derechos colectivos cesó después de la presentación de la demanda, como se logró demostrar que efectivamente se produjo una violación a los derechos que se invocaron como vulnerados en la de-

*manda, la Sala estima que hay lugar al reconocimiento del incentivo, confirmando en su totalidad la sentencia recurrida.*⁴⁵

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

La finalidad del incentivo económico no es la de resarcir perjuicios, sino operar como un estímulo a los ciudadanos para que participen mediante la acción popular, en defensa de los derechos e intereses colectivos. Resulta procedente cuando el objetivo de la acción se cumpla, a cuyo efecto el legislador graduó su monto entre 10 y 150 salarios mínimos, en consideración a la actividad desplegada por el actor y a la eficacia de su actuación respecto de la protección del derecho o interés colectivo, mediante la prueba de que fue determinante para el reconocimiento o protección del derecho. Ahora bien, cabe resaltar que ese actuar debe ser motivado por el interés colectivo y no simplemente individual de obtener dicho reconocimiento, con base en una sólida conciencia cívica. En el caso concreto están cumplidos (sic) lo supuestos que condicionan el otorgamiento del incentivo al accionante, toda vez que gracias a que instauró la demanda que dio lugar a este proceso y a que demostró la vulneración de uno de los derechos colectivos invocados, se dispondrá el amparo del mismo en beneficio de todos los usuarios del servicio de energía eléctrica del municipio de Salamina y el corregimiento de San Félix. En consideración a que i) la actuación del actor fue determinante en la protección del derecho colectivo de todos los usuarios y consumidores del servicio de energía eléctrica en tales localidades, como quiera que presentó una demanda acertada, patrocinó el recaudo de las pruebas pertinentes e insistió en su petición ante esta Corporación, y en atención a que ii) la vulneración del derecho se prolongó por (sic) más de cincuenta (50) meses porque las actuaciones de algunos funcionarios de control fueron infructuosas, la Sala dispondrá el pago del

⁴⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá, seis (6) de octubre de dos mil cinco (2005). Radicación número: 08001-23-31-000-2002-02214-01 (AP). Actor: Jairo Torres Moreno y Otros. Demandado: Distrito Especial Industrial y Portuario de Barranquilla. Referencia: acción popular - apelación sentencia.

*incentivo en su favor en cuantía de 50 salarios mínimos legales mensuales, que deberá ser pagado por la Central Hidroeléctrica de Caldas S.A. E.S.P. - CHEC, ya que a ella resulta imputable la lesión del citado derecho colectivo.*⁴⁴

Por su parte, en la Corte Constitucional el principal problema jurídico ha sido establecer si el incentivo es contrario al deber de solidaridad y a la igualdad, al convertirse en un estímulo económico para que las personas defiendan los derechos que deberían defender por pura iniciativa altruista, y al fijar diferencias cuando se trata de la protección de la moralidad administrativa.

En la sentencia C-459 de 2004, MP. Jaime Araujo Rentería, la Corte consideró que la figura de los incentivos se compadecía con el deber constitucional bien entendido y que fungía en las acciones constitucionales como un estímulo legítimo para promover el interés del Estado en la defensa de los derechos constitucionales colectivos:

(...) las acciones populares combinan el deber de solidaridad que a todas las personas les atañe, con la potestad del Estado para inducir, promocionar, patrocinar, premiar y, en general, estimular el ejercicio de tales acciones, en orden a la materialización y preservación de determinados bienes jurídicos de especial connotación social. Lo cual encuentra arraigo constitucional en el hecho de que nuestra Carta Política no 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. 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

⁴⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Ramiro Saavedra Becerra. Bogotá, dieciséis (16) de febrero de dos mil seis (2006). Radicación número: 17001-23-31-000-2004-00237-01 (AP). Actor: Gerardo Álzate Duque. Demandado: Central Hidroeléctrica de Caldas -CHEC- y otros. Referencia: apelación sentencia - acción popular.

*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 colectivos.*⁴⁵

La decisión tomada por esta sentencia fue reiterada posteriormente en la sentencia C-512 de 2004. MP. Marco Gerardo Monroy Cabra,

Las decisiones anteriores han respaldado, desde diferentes perspectivas, la figura del incentivo y su diseño legal. Sin embargo, no ha eliminado el debate en torno a si debe conservarse o no el incentivo, lo que se refleja también en los múltiples proyectos de ley presentados para su modificación o eliminación. Con el objetivo de participar y contribuir a este debate, se sugieren algunas modificaciones en el último aparte del presente capítulo.

6. Propuestas de reforma

6.1. El incentivo

Aunque no hay un consenso en la necesidad y conveniencia de mantener el incentivo económico, sí parece haber un acuerdo entre los defensores y los detractores de la figura en relación con la conveniencia de revisar la figura y, eventualmente, plantear modificaciones a la misma.

Para la Corporación Excelencia en la Justicia es necesario hacer una distinción entre el tratamiento que se debe dar a los incentivos previstos en el artículo 39 de la Ley 472 de 1998 (regla general) y a los establecidos en el artículo 40 (casos de defensa de la moralidad administrativa). En cuanto a lo dictado por el artículo 39 –entre 10 y 150 salarios mínimos mensuales–, la existencia y el monto de los incentivos parecen adecuados para el cumplimiento de los fines para los cuales se diseñaron, esto quiere decir, promover el uso de las acciones y eliminar eventuales desequilibrios entre las partes. Esto no se opone a una regulación más precisa del incentivo que permita al juez que conoce la acción, por ejemplo, acumular el otorgamiento del mismo, cuando se trate de la protección del mismo bien a través de distintas acciones.

⁴⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-459 de 2004. MP. Jaime Araujo Rentería.

Por el contrario, el artículo 40 de la Ley 472 de 1998, en el caso de que se defienda la moralidad administrativa, establece que los demandantes tienen derecho a recibir el quince por ciento (15%) del valor que recupere la entidad pública en razón a la acción popular. Allí, el incentivo económico 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 (que en todo caso no sería viable). Ese incentivo se parece más a una recompensa que da el Estado a quien, a través de una acción popular, pueda recuperar recursos afectados por violaciones a la moralidad administrativa. 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.

Así, frente a la aplicación de este artículo 40, parece necesario revisar los siguientes temas: en primer lugar, el monto de los incentivos y, eventualmente, analizar la posibilidad de igualarlos con los incentivos del artículo 39 de la ley. En segundo término, podría pensarse en sanciones específicas a los accionantes temerarios y en la reducción del incentivo para casos “repetidos”, de modo tal que no se desvíe la finalidad específica de esta acción. Como tercero y último tema, se debería analizar la necesidad de una participación activa del demandante en el proceso, como requisito para el otorgamiento del incentivo.

6.2. Cosa juzgada

Si bien hoy existen razones jurídicas de peso, dentro del escenario constitucional y legal, para fundamentar la posibilidad de interponer dos o más acciones diferentes frente a hechos iguales, en la práctica esta situación genera inseguridad jurídica al impedir que exista un punto final al debate de los derechos.

Diferenciar con mayor precisión el ámbito de protección de las acciones populares, la acción de tutela, la acción de nulidad, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y las acciones contractuales, y establecer límites en el ejercicio de unas y otras haciéndolas excluyentes, impediría el mal uso de los mecanismos de acceso a la administración de justicia, la sobrecongestión del aparato judicial y el incremento de la seguridad jurídica en el litigio.

Bibliografía

- Ariza de Zapata, Beatriz. "El juez, director del proceso en la jurisdicción contencioso administrativa. Mejores prácticas para una pronta y cumplida justicia." En: *Revista Estudios Socio-Jurídicos*. Vol. 8, No. 1, 2006. 126-42.
- Bermúdez Muñoz, Martín. "Acción popular y nulidad de actos administrativos." Pon. Seminario Tendencias Doctrinarias de las Acciones Constitucionales y la Responsabilidad Contractual (memorias). Ibagué: Corporación Excelencia en la Justicia, 2006. 10-11.
- Bermúdez Muñoz, Martín. *La acción de grupo. Normativa y aplicación en Colombia*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2007.
- Brage Camazano, Joaquín. *Procesos colectivos. La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada*. 2a. ed. México: Editorial Porrúa, 2004.
- Cepeda Espinosa, Manuel José. *Polémicas constitucionales*. Bogotá: Editorial Legis, 2007.
- Colombia, Congreso de la República. Ley 472 de 1998.
- Colombia, Gobierno Nacional. Decreto 2591 de 1991.
- Consejo de Estado. Consejero ponente: Filemón Jiménez Ochoa. Bogotá D.C., veinticuatro (24) de junio de dos mil cuatro (2004). Radicación número: 50001-23-31-000-2002-0819-01 (AP). Actor: Iván Villanueva Mendoza y otros. Demandado: Concesión Túnel Aburrá - Oriente S.A. y otro.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá D.C., seis (6) de octubre de dos mil cinco (2005). Radicación número: 13001-23-31-000-2002-00135-01 (AP). Actor: Personería Distrital de Cartagena de Indias. Demandado: Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá D.C., seis (6) de octubre de dos mil cinco (2005). Radicación número: 08001-23-31-000-2002-02214-01 (AP). Actor: Jairo Torres Moreno y otros. Demandado: Distrito Especial Industrial y Portuario de Barranquilla. Referencia: Acción Popular - Apelación Sentencia.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez. Bogotá D.C., veintidós

- (22) de febrero de dos mil siete (2007). Radicación número: 41001-23-31-000-2004-00726-01 (AP). Actor: María Nubia Zamora Vargas. Demandado: Empresa de servicios públicos del municipio de La Plata y otros. Referencia: Acción Popular.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Enrique Gil Botero. Bogotá d. c., febrero veintiuno (21) de dos mil siete (2007). Radicación número: 25000-23-25-000-2005-00355-01 (AP). Actor: Mauricio Rodríguez Echeverri. Demandado: Ministerio de la Protección Social y otros.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Ramiro Saavedra Becerra. Bogotá, D.C., dieciséis (16) de febrero de dos mil seis (2006). Radicación número: 17001-23-31-000-2004-00237-01 (AP). Actor: Gerardo Álzate Duque. Demandado: Central Hidroeléctrica de Caldas y otros. Referencia: Apelación Sentencia - Acción Popular.
- Consejo de Estado; Sección Tercera, Sentencia de 31 de octubre de 2002, AP 518; Sentencia de 26 de septiembre de 2002, AP- 612.
- Corte Constitucional. Sentencia C-088 de 2000 (MP Fabio Morón Díaz).
- Corte Constitucional, SU- 713 de 2006 (MP Rodrigo Escobar Gil).
- Corte Constitucional. Sentencia C-045/98 (MP Jorge Arango Mejía y Alejandro Martínez Caballero).
- Corte Constitucional. Sentencia C-045/98 (MP. Jorge Arango Mejía).
- Corte Constitucional. Sentencia C-964/99 (MP. Carlos Gaviria Díaz).
- Corte Constitucional. Sentencia C-065/97.
- Corte Constitucional. Sentencia C-070 de 1996 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz).
- Corte Constitucional. Sentencia C-070/96 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz).
- Corte Constitucional. Sentencia C-100/96.
- Corte Constitucional. Sentencia C-280/96 (MP. Alejandro Martínez Caballero).
- Corte Constitucional. Sentencia C-280/96.
- Corte Constitucional. Sentencia C-320/97 (MP. Alejandro Martínez Caballero).
- Corte Constitucional. Sentencia C-320/97.
- Corte Constitucional. Sentencia C-466/97 (MP. Alejandro Martínez Caballero).
- Corte Constitucional. Sentencia C-466/97 (MP. Alejandro Martínez Caballero).
- Corte Constitucional. Sentencia C-499 de 1998 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz).
- Corte Constitucional. Sentencia C-660A/95.

Corte Constitucional. Sentencia SU- 257 de 1997 (MP. José Gregorio Hernández Galindo).

Corte Constitucional. Sentencia SU-1116 de 200 (MP. Eduardo Montealegre Lynett).

Corte Constitucional. Sentencia SU-1116 de 2001 (MP. Eduardo Montealegre Lynett).

Corte Constitucional. Sentencia SU-713 de 2006, (MP. Rodrigo Escobar Gil).

Corte Constitucional. Sentencia T- 576 de 2005 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto).

Corte Constitucional. Sentencia T- 576 de 2005, (MP. Humberto Antonio Sierra Porto).

Corte Constitucional. Sentencia T-437 de 1993 (MP. José Gregorio Hernández Galindo).

Corte Constitucional. Sentencia T-453 de 1998 (MP. Alejandro Martínez Caballero).

Corte Constitucional. Sentencia T-539 de 1993 (MP. José Gregorio Hernández Galindo).

Henao, Juan Carlos. “La peculiaridad del sistema colombiano en la protección de los derechos colectivos”. En: *Gacetilla de acciones populares y de grupo*. Defensoría del Pueblo, 2003. p 24.

Marioni, Guilherme Luiz. “El derecho de acción en la Constitución Brasileña.” En: *Revista Ius et Praxis*. Vol. 13, No. 2, 2007. 57-80.

Nikken, Pedro. *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo*. Madrid: IIDH/Civitas, 1987.

Parody, Gina. “Zapatero a tus zapatos”. Fecha de consulta: 16 de junio de 2008, 06:22:36 pm. Disponible: http://www.ginnaparody.com/prensa/columnas/zapatero_zapatos.htm

Ramos Rollón, Marisa. “El poder judicial: la justicia”. Última fecha de consulta: 10 de mayo de 2009. Disponible: www.usal.es/~dpublico/areacp/materiales/4.3.poderjudicial.pdf.

Resolución 2933 de 2006.

Resolución 3797 de 2004.

Tamayo Jaramillo, Javier. *Las acciones populares y de grupo en la responsabilidad civil*. Bogotá: Editor Raisbeck, Lara, Rodríguez & Rueda (Baker y McKenzie). 2001. p. 404.

Gloria María Borrero-Restrepo, Luisa Fernanda Trujillo, Alejandro Botero, Juanita Durán

Torres Calderón, Leonardo Augusto. “La descongestión en la jurisdicción contencioso administrativa. Una visión desde el Tribunal Administrativo de Cundinamarca” En: *Revista Estudios Socio-Jurídicos*. Vol. 6, No. 2, 2004. 209-228

Capítulo 2

Avances en la garantía de derechos colectivos y retos de las acciones populares y de grupo

I. Un caso con dimensión internacional “ejercicio de acciones de clase en el sistema anglosajón en defensa de los derechos de grupos vulnerables en América Latina: el caso contra Chiquita Banana (CBI)”

Arturo Carrillo*

1. Introducción

El 15 de marzo de 2008, un titular del periódico El Tiempo proclamó: “Multa de US\$ 25 millones a bananera de EE. UU. por pago de ‘vacunas’ a paramilitares”. Era el caso de Chiquita Brands Internacional, la empresa multinacional conocida como Chiquita Banana, y los famosos pagos que hacía al Bloque Bananero de las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) en Urabá.¹

La nota de El Tiempo se refería a un acuerdo de sentencia anticipada entre la empresa Chiquita Banana y el Departamento de Justicia (DOJ) de EE.UU. En dicho acuerdo, Chiquita confesó haber realizado pagos a las AUC por más de 6 años, desde 1997 hasta comienzos de 2004, supuestamente, con el fin de garantizar la seguridad de sus empleados en la zona bananera. Los pagos, que eran aprobados por los altos ejecutivos y directivos de la empresa, y que llegaron a sumar casi 2 millones de dólares, se hacían mensualmente a través de una Convivir.

* Director y profesor de la Clínica de Derechos Humanos de la Universidad George Washington, Estados Unidos.

¹ En su momento, la noticia sorprendió tanto a América del Norte como a América del Sur, por ser ésta el resultado de una investigación penal confidencial del Departamento de Justicia de EE. UU. iniciada en el 2003. En EE.UU. está prohibido por el Departamento de Estado financiar o prestar apoyo material a organizaciones denominadas “terroristas”; las AUC, desde el 2001, figuran en la lista de organizaciones terroristas internacionales que tiene el gobierno estadounidense.

Como sanción, el acuerdo estipulaba una multa de 25 millones de dólares, la obligación de crear un sistema interno de responsabilidad y ética empresarial, y 5 años de prueba supervisada (*probation*).

En junio del 2008, un juez federal aprobó el acuerdo negociado entre Chiquita y el DOJ del gobierno del presidente Bush. Si bien el acuerdo hacía alusión a otras posibles investigaciones penales, el DOJ decidió no acusar penalmente a ninguno de los altos ejecutivos de la empresa, responsables por los pagos realizados a AUC.

A los pocos meses de haberse conocido la noticia del pronunciamiento de la justicia norteamericana frente a los crímenes de Chiquita, otros actores de la sociedad civil tanto de EE.UU. como de Colombia presentaron las primeras demandas contra Chiquita Banana, con el firme objetivo de reivindicar los derechos de las numerosas víctimas de la violencia paramilitar alimentada por la empresa.

La primera demanda se presentó a comienzos de junio de 2007, y la segunda al mes siguiente. Estas eran demandas de la jurisdicción federal civil interpuestas por grupos de familiares, exigiendo una indemnización por los daños sufridos: muerte o desaparición de un ser querido a manos de los grupos paramilitares financiados por Chiquita.

A mediados de julio de 2007 un equipo de abogados experimentados en el litigio de casos de derechos humanos (al cual pertenezco) presentó ante el tribunal federal de EE.UU. la tercera demanda, con apenas 6 víctimas nombradas y una petición: *que se reconociera el caso como una acción de clase*. Se solicitó la certificación como clase de todas aquellas personas de la región de Urabá que durante el período de 1994 a 2004 resultaron víctimas de la violencia paramilitar, especialmente, ejecuciones, desapariciones, torturas y otros crímenes de guerra.²

La demanda, además de recoger lo revelado por la investigación del DOJ, acusa a Chiquita de:

- Haberse beneficiado económicamente del arreglo que mantenía con las AUC, en Urabá.

² La clase incluye los familiares de las personas asesinadas o desaparecidas.

- Apoyar activamente al proyecto paramilitar para esta época. Está demostrado, por ejemplo, que en noviembre de 2001 entraron 3.000 fusiles y otro armamento en un barco de Chiquita, a través del puesto portuario que la empresa administraba en Urabá. Carlos Castaño se jactó ante la prensa de cinco cargamentos de armas importadas de esa forma. A cambio de este apoyo, las AUC le garantizaba a Chiquita Banana una zona bananera controlada y “pacificada”.³

Hoy en día hay cuatro demandas pendientes contra Chiquita, por la complicidad de esta empresa frente a la campaña de terror de las Autodefensas Unidas de Colombia, que reúnen centenares de víctimas de la violencia.

Si bien todavía no se ha resuelto la petición de conformar una acción de clase, este tema crucial será próximamente abordado por las partes y el tribunal.

2. Objetivos de esta presentación

- Explicar cómo funciona la acción de clase en el derecho federal estadounidense.
- Determinar la relación de la acción de clase con casos llevados ante los tribunales federales por violaciones a los derechos humanos.
- Exponer, en términos generales, casos de violaciones a los derechos humanos ocurridas en América Latina y otras regiones, los cuales se judicializan o podrían judicializarse como acciones de clase ante los tribunales federales de EE.UU.
- Señalar por qué la acción de clase, en el caso contra Chiquita Banana, es el mecanismo idóneo para la defensa de grupos vulnerables, por violación masiva y sistemática de los derechos humanos.
- Señalar las posibilidades que tiene el caso de Chiquita de proceder como acción de clase.
- Establecer, desde el punto de vista de las víctimas de la violencia paramilitar en Urabá, si conviene la acción de clase en este caso.

³ En el 2001, Banadex, la empresa subsidiaria de Chiquita en Colombia, fue la empresa más rentable de todo el emporio.

3. Las acciones de clase en el sistema federal estadounidense

Una de las razones por las cuales se creó la acción de clase fue permitir el manejo equitativo y eficiente de litigio en grupo, en los casos donde la alternativa de admitir el litigio de múltiples demandas individuales resulta poco práctica o deseable. Esta acción se caracteriza por contar con unos representantes de la clase, como demandantes, que asumen la responsabilidad, junto con sus abogados, de tomar decisiones por todo el grupo.

En EE.UU., las acciones de clase tradicionalmente cubren una amplia gama de situaciones, desde las demandas de consumidores por montos mínimos, que individualmente no valdría la pena litigar, hasta demandas por sumas mayores a nivel individual, donde el volumen de acciones genera ventajas para un manejo en grupo.⁴

La naturaleza y complejidad de las acciones de grupo requieren de un mayor control y vigilancia judicial para garantizar la equidad y minimizar el perjuicio, en relación con los miembros ausentes de la clase certificada. Esto debido a que una vez se autorice o certifique judicialmente la clase, los abogados y los demandantes, o representantes nombrados, asumen la responsabilidad de tomar decisiones vinculantes para todos los demás miembros de la clase, a no ser que éstos puedan y decidan desvincularse.

La acción de clase la rige el código llamado las Reglas Federales de Procedimiento Civil; específicamente la Regla 23, que establece requisitos tanto generales como específicos.

Requisitos generales, según lo que define el párrafo (a) de la Regla 23

- La clase propuesta debe ser suficientemente “numerosa”. Aunque no hay un umbral o número mínimo de personas predeterminado, lo esencial es que el número de miembros de la clase –centenares o mi-

⁴ Por ejemplo, algunos casos típicos involucran daños personales por accidentes masivos, productos o drogas defectuosos; también estas acciones de clase se ven frente a ciertos atropellos de derechos constitucionales, corporativos, laborales y ambientales.

les, por lo general– signifique que el litigio de acciones individuales no sería práctico.

- Debe existir por lo menos un elemento compartido de hecho (droga defectuosa) o en derecho (estatuto inconstitucional) por todos sus miembros.
- Los reclamos de los demandantes nombrados deben ser “típicos” de la clase, vista en su totalidad; es decir, dichos representantes deben pertenecer a la clase en todo sentido. Asimismo, dichos demandantes deben poder representar adecuadamente la clase, con un mínimo de competencia y sin conflictos de interés mayores.
- El juez evalúa los elementos requeridos en los escritos y la información presentada por las partes. Una vez se determine que un caso reúne las características exigidas en el primer párrafo de la Regla 23, las cuales operan como prerequisites, el párrafo (b) de la Regla 23 estipula las condiciones adicionales determinantes de las categorías o tipos de acción de clase permitidos.

Requisitos específicos, o condiciones adicionales, según el párrafo (b) de la Regla 23

Son dos los requisitos específicos que nos interesan, por ser las figuras operantes en el caso contra Chiquita.

- El primer tipo de acción relevante para el caso que estudiamos es lo que se conoce como una **clase de fondo limitado**. Por lo general se crea cuando hay múltiples demandantes, cuyas peticiones en términos económicos, si fueran a sumarse, excederían la capacidad de pago del demandando, por existir un fondo limitado de recursos.⁵ Lo interesante de la clase de fondo limitado es que es **obligatoria**: una vez se certifique, todo demandante forma parte forzosamente de la clase, sin opción de independizarse.

⁵ Un ejemplo de este requisito es cuando un deudor se ve demandando por varios acreedores, sin posibilidad de pagarlos a todos.

- El segundo tipo de acción pertinente se concede cuando el tribunal establece dos cosas: i) que los **elementos de hecho o derecho compartidos** por todos los miembros de la clase predominen frente a otros temas que los afectan sólo individualmente, y ii) que la acción de clase como **método de litigio resulta superior a cualquier otro mecanismo** para lograr una adjudicación equilibrada y eficiente de las reivindicaciones compartidas.

Esta es una acción que contempla una **clase voluntaria**, en cuanto que se le tiene que notificar a todos los presuntos miembros de la acción y darles la oportunidad de sumarse o independizarse de la acción. Si no utilizan esta opción quedan vinculados a la acción para todos los efectos legales correspondientes.⁶

Resumida en la forma como lo hemos hecho, pareciera que la figura de la acción de clase se prestaría muy bien para casos de derechos humanos, donde las violaciones han sido masivas o sistemáticas, ya que involucraría un gran número de víctimas con experiencias compartidas y exigencias similares.

4. Examen de acciones de clase en casos de derechos humanos, en general

El objetivo de esta parte es revisar algunos antecedentes relevantes en la materia, es decir, revisar casos de derechos humanos que han invocado las acciones de clase, para poder, posteriormente, volver con mayores elementos de análisis sobre el caso Chiquita.

4.1 Caso contra el ex presidente de Filipinas, Ferdinand Marcos

Este fue el primer caso de derechos humanos en EE.UU. que se litigó como acción de clase en 1986 a nombre de 10.000 víctimas.

El tribunal federal dictaminó **una acción de clase de fondo limitado** para todos los ciudadanos filipinos que entre 1972 y 1986 fueron torturados, eje-

⁶ Un claro ejemplo de esto son los grandes casos conocidos contra las empresas farmacéuticas y tabacaleras por los daños causados por sus productos.

cutados, o desaparecidos por grupos militares o paramilitares filipinos, y para los herederos de las personas asesinadas o desaparecidas.

En el juicio se estableció la responsabilidad del ex presidente por los crímenes alegados, y se dictaminó una sanción de más de 1.000 millones de dólares como pago punitivo por los daños y perjuicios causados. También se estableció que los herederos de Marcos (fallecido en 1989) debían otros 700 millones de dólares como indemnización y reparación a los miembros de la clase.

Si bien es cierto que el caso fue exitoso en este sentido del dictamen, los demandantes y miembros de la clase tuvieron mucho menos suerte al momento del pago, debido a una serie de obstáculos legales y políticos que lo han impedido. Parecido a este caso hay muchos otros, los cuales han buscado certificar las acciones de clase, pero se han encontrado con dificultades.

4.2. Casos contra empresas multinacionales petroleras

En los últimos años se han presentado varias acciones de clase contra empresas multinacionales dedicadas a la explotación de recursos naturales y minerales en países en vía de desarrollo.

En estos casos se alegan violaciones masivas del derecho internacional, debido a los impactos ambientales que causan las actividades económicas de estas empresas, o a la complicidad de las empresas con graves violaciones a los derechos humanos.

Por ejemplo, a mediados de la década de 1990, varios grupos indígenas del Ecuador demandaron a la petrolera Texaco en EE. UU., alegando daños masivos al medio ambiente, *que han perjudicado severamente su derecho a la vida*. En esos casos se pedía certificar una clase que cubriera las personas y tribus indígenas afectadas por las actividades nocivas de la petrolera; en uno sólo de esos casos había 30.000 demandantes, y en otro 25.000. Se buscaba una clase definida por elementos compartidos de hecho y en derecho, que por lo demás predominaban en todos los casos.

Después de años de un complicado litigio, el tribunal se negó a admitir los casos razonando que debían ser procesados más bien por la justicia ecuatoriana, ya que Texaco aceptó acogerse a la jurisdicción local. De esta manera, el tribunal aplicó la teoría del *forum non conveniens* y los casos fueron trasladados

al Ecuador. Así, quedó sin atender la solicitud de acción de clase de los grupos indígenas en estos casos, pues finalmente terminaron todos desistiendo.

Hasta la fecha ninguna de estas acciones ha prosperado, ya que los casos suelen no ser admitidos por razones jurisdiccionales, o resueltos por medio de la negociación.

5. Reflexiones sobre el caso contra Chiquita como acción de clase

Con el fin de evaluar la conveniencia que trae la procedencia de la acción de clase para las víctimas de violaciones masivas o sistemáticas a los derechos humanos, resulta pertinente señalar algunas ventajas y desventajas:

Ventajas

- La acción de clase ofrece un mecanismo para exponer y atender daños sistemáticos, como los que caracterizan los crímenes de guerra y de lesa humanidad.
- Permite el acceso a la justicia por aquellas violaciones *colectivas* de las normas del derecho internacional de los derechos humanos.
- Contribuye la composición de una historia o una memoria comunal en torno a los hechos y eventos que afectaron al grupo, el cual puede definirse geográfica o culturalmente, o de otra manera.
- Ofrece una base sobre la cual negociar las reparaciones.
- Representa, para muchas víctimas, la única vía a través de la cual acceder a la justicia.
- Frente al examen de la acción de clase es posible litigar un caso de violación del derecho internacional de los derechos humanos en un tribunal federal de EE.UU.; sobre todo en aquellos casos en que las víctimas y los victimarios son extranjeros, y las mismas violaciones tuvieron lugar fuera del país, este tipo de casos, efectivamente, se ven habilitados por un estatuto federal que lo autoriza, incluso con el visto bueno de la Corte Suprema estadounidense.

Desventajas:

- Con la acción de clase en los casos de derechos humanos se puede comprometer, e incluso limitar, la autonomía de las víctimas individuales, debido a la tensión permanente entre la justicia colectiva y la particular.
- Se puede impactar negativamente el caso si la acción de clase resulta muy compleja o dispendiosa, como aparentemente sucedió en los casos contra Texaco.
- Siempre existe el riesgo de que los representantes de la clase y sus abogados negocien o conspiren con el demandado en contra de los intereses de otros miembros de la clase⁷. También pueden generarse animosidades y conflictos entre grupos o subclases de víctimas, por el manejo del caso y su impacto, en especial si no existe un mecanismo para salirse de la acción y proceder independientemente.
- Puede conducir a la dilución de la responsabilidad de hacer justicia por otras vías, sobre todo por medio de los recursos e instancias internos del país en que sucedieron los hechos.⁸

En el caso específico contra Chiquita Banana las ventajas señaladas anteriormente de la acción de clase pesan mucho más que las posibles desventajas. Las razones de esto son las siguientes:

- Se calcula que hay más de 10.000 víctimas de las AUC que tendrían derecho a participar de la clase como víctimas, y aún muchas más en su capacidad de familiares de víctimas. La gran mayoría de ellos no tendría acceso a la justicia contra Chiquita si no es a través de la acción de clase.

⁷ Ejemplo: en el caso contra el ex presidente de Filipinas, Ferdinand Marco, los miembros disidentes tumbaron un acuerdo por ser excesivo el pago a los abogados.

⁸ Ejemplo: en el mismo caso contra el ex presidente de Filipinas no hubo comisión de la verdad porque se veía que la acción de clase repararía a las víctimas.

- Si bien algunas de estas víctimas podrían tener otras posibilidades, por ejemplo, de participar en el proceso de Justicia y Paz, para la gran mayoría de ellas no habría otra vía para acceder a una cuota de justicia por los daños sufridos.
- Si se certifica la clase se aumenta sustancialmente la capacidad de negociar con Chiquita Banana, aunque se sigan sumando víctimas de manera individual.

Para finalizar, alrededor de la posibilidad que tiene el caso contra Chiquita Banana de proceder como acción de clase, en mi opinión son tres las reflexiones:

En primer lugar, no creo que el caso sea desestimado por excepciones previas de competencia o jurisdicción, como ha sucedido en casi todos los casos que se han mencionado anteriormente contra empresas multinacionales. Este de Chiquita es un caso demasiado fuerte, muy bien armado, que seguramente sobrevivirá la etapa preliminar.

Cuando hablo de un caso fuerte, me refiero a ser fuerte en los hechos y también en derecho. En relación con los hechos, se encuentra la condena penal contra Chiquita Banana y la confesión de la empresa multinacional; y en cuanto a derecho es un caso sólido, muy bien armado.

Como segunda instancia, es muy difícil que se logre una clase de fondo limitado. La jurisprudencia de la Corte Suprema y otros tribunales federales, si bien teóricamente no niegan la posibilidad de que se pueda certificar una clase por fondo limitado, en casos como el de Chiquita Banana, en la práctica han impuesto una serie de requisitos demasiado exigentes que impiden su eficacia. De hecho, han pasado casi 10 años sin que un tribunal federal certifique una clase de fondo limitado en casos de daños y perjuicios masivos por violación de los derechos humanos u otras obligaciones extra contractuales.

Y la tercera reflexión, se refiere a la posibilidad de que se logre una clase de elementos compartidos de hecho y en derecho. Si bien los requisitos del primer párrafo de la Regla 23 se cumplen, en cuanto al suficiente número de sus miembros, la existencia de elementos compartidos de hecho y en derecho, y los representantes con alegatos típicos de la clase, a la cual claramente pertenecen y representarían competentemente, eso no son suficiente. Es necesario determinar si los elementos compartidos efectivamente predominan en todos

los casos individuales y si resulta más eficiente y justo litigar los casos presentados como acción de clase y no individualmente, lo cual no será fácil. Nunca ha habido un caso de violaciones masivas de los derechos humanos litigado como acción de clase en este sentido. Esperemos que este sea el primero.

II. La anulación de actos administrativos en la acción popular ¿es un ejercicio de una competencia implícita que viola el derecho fundamental al debido proceso?

Comentarios a las sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 6 de octubre de 2005,¹ el 26 de mayo de 2006² y el 21 de febrero de 2007³

Luis Felipe Botero-Aristizábal*

1. Introducción

La desvalorización de la ley como pilar de nuestra estructura normativa ha traído consigo el ocaso del principio de legalidad, en tanto que se ha debilitado como garantía de apaciguamiento de la arbitrariedad del poder. La hermenéutica libre enquistada en la conciencia del operador jurídico contemporáneo, que privilegia el resultado de la aplicación de la norma más que su contenido, la precariedad del proceso legislativo y la deslegitimación de los órganos de representación popular, desorientan la brújula que por tantos años guió el pensamiento

¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del seis (6) de octubre de dos mil cinco (2005). Radicación número: 13001-23-31-000-2002-00135-01 (AP). Con ponencia de Ruth Stella Correa Palacio y con salvamento de voto de los consejeros María Elena Giraldo y Alier Hernández.

² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del veintiséis (26) de mayo de dos mil seis (2006). Radicación número: 25000-23-25-000-2002-01089-01 (AP). Actor: Contraloría de Bogotá. Demandado: Universidad Distrital Francisco José de Caldas. Esta sentencia tiene salvamento de voto de Alier Hernández y de María Elena Giraldo; y tiene aclaración de voto de Mauricio Fajardo Gómez, quien no comparte el punto relativo a la incompetencia para anular actos administrativos en acciones populares.

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del vintiuno (21) de febrero de dos mil siete (2007). Radicación número: 25000-23-25-000-2005-00355-01 (AP). Actor: Mauricio Rodríguez Echeverry. Demandado: Ministerio de la Protección Social y otros Con ponencia de Enrique Gil Botero.

* Profesor de la Universidad del Rosario. Este artículo fue publicado en la *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, 2008.

jurídico occidental. Sin embargo, nadie se atrevería a afirmar que la legalidad ha dejado de ser una exigencia fundamental del actuar público y, seguramente, ningún funcionario se atrevería a desconocer una norma para imponer su criterio sin soporte normativo. La legalidad se manifiesta entonces como una aspiración vital de la que nos alejamos cada vez más, pero que nunca podremos perder de vista. Los sistemas democráticos “modernos” tienen aún mucho camino por recorrer en la consolidación del proceso de sometimiento real del poder al derecho.

Este tipo de tensiones socavan las frágiles estructuras ideológicas sobre las que se cimientan las instituciones jurídicas que, parece ya una frase de cajón decirlo, están en permanente crisis. En estos momentos se nos plantea el reto de saber si el respeto al principio de legalidad debe prevalecer frente a consideraciones de competencia judicial –manifestación también de la legalidad–; esto es, el frecuente episodio de un funcionario judicial que advierte una ilegalidad de un acto administrativo y se pregunta si puede o no adoptar medidas de control contra dicho acto (como su anulación), aunque tal pretensión no haya sido formulada por las partes o, por otro lado, si a pesar de no tener asignada una competencia para adoptar ese tipo de decisiones, puede ejercer algún control. En otras palabras, el enfrentamiento del principio de legalidad contra sí mismo.

No es extraño encontrar en el universo de normas que componen nuestro ordenamiento, unas que facultan al juez de manera oficiosa a controlar actos jurídicos lesivos del derecho objetivo imperativo, incluso si ninguna de las partes del proceso formulan expresamente una pretensión anulatoria *v. gr.* el artículo 2 de la Ley 50 de 1936 señala que la “nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato”. Esta importante facultad de control judicial a los particulares se compadece con el principio constitucional de la responsabilidad de éstos por la infracción de la ley, asegurando su cumplimiento, indistintamente de su comportamiento procesal.

Este noble ideal no opera en el derecho administrativo, donde supuestamente el control de legalidad debería ser más estricto. La invocación del principio de justicia rogada, que enmarca la jurisdicción contenciosa como presunta garantía de la separación de poderes, ha hecho casi imposible que un control similar sea ejercido por el juez para frenar la natural tendencia del poder público

de avasallar los derechos. No hay una cláusula general de competencia anulatoria oficiosa contra actos administrativos ilegales para el juez contencioso. ¿Por qué un tratamiento tan benévolo?

La imposición de la eficacia en la administración de justicia como principio constitucional obligatorio, y la cláusula de Estado Social de Derecho como definición de la axiología sustancial de nuestro Estado deben redimensionar el objeto de la jurisdicción administrativa, obsesionada por la forma de la “acción” como tema principal del proceso, cuando lo más importante en un ejercicio sincero de sometimiento a la legalidad debe ser la pretensión que busca ser satisfecha por el administrado:

Se trata, lisa y llanamente, de recuperar la pretensión como eje central del proceso. El replanteamiento del ámbito objetivo del proceso contencioso sólo tiene sentido si se retoma la idea tradicional que asimila la pretensión al objeto del proceso (...) La integridad del control jurisdiccional, el reconocimiento de un proceso pleno entre partes y los poderes ilimitados de los jueces en el proceso son, sin duda, los grandes ausentes de la justicia administrativa de nuestro tiempo, que no ha sabido sobreponerse a una jurisprudencia eminentemente formalista, capaz de vaciar de contenido las claras intenciones del legislador de tener por superado el ámbito del recurso objetivo por exceso de poder del ordenamiento francés. (García Pérez 1999)

2. El problema en la acción popular

A medida que la acción popular se incorpora al lienzo inacabado de nuestro paisaje jurídico, los problemas y desafíos originados en la agreste topografía de la Ley 472 de 1998 vienen siendo enfrentados mediante el normal proceso de evolución jurisprudencial, además de los esfuerzos administrativos de la judicatura por darles algún tipo de uniformidad y razonabilidad a las numerosas decisiones que sobre la materia se han producido. Sin embargo, las pinceladas son tan difusas como para hacerse una idea de cómo va quedar la obra, o si esta alguna vez se va a terminar.

Hoy, por ejemplo, se acepta pacíficamente que un acto administrativo puede ser fuente de amenaza o violación a un derecho colectivo. Lo que no

ha podido dilucidarse con precisión es si el acto administrativo que lesiona un derecho colectivo es susceptible de ser anulado en la acción popular de la que trata la Ley 472 de 1998.

Por mucho tiempo, nuestra jurisprudencia fue tajante al negar al juez contencioso la posibilidad de anular un acto administrativo dentro de una acción popular para la protección de derechos colectivos. Entre otras, se argumentó que: i) los actos administrativos se presumen legales mientras no exista una decisión judicial que los suspenda o los anule, y tal decisión debe adoptarse por vía diferente a la acción popular; ii) el juicio mediante el cual se puede suspender o anular un acto administrativo debe ser impulsado por quienes tengan la legitimidad para ello, pues para eso el legislador diseñó las acciones ordinarias; iii) el legislador, al regular las acciones populares, no instituyó un sistema que desconociera las acciones judiciales ordinarias, ni tampoco consagró una dualidad de procedimientos que congestionaran los despachos judiciales; y, finalmente, iv) si la parte actora dispone de otros medios de defensa judicial debe utilizarlos de manera preferencial, por cuanto el juez de la acción popular no puede invadir la órbita de competencia que tiene el juez ordinario.⁴

Últimamente la jurisprudencia nacional ha pasado de considerar que el juez, si bien no puede anular el acto administrativo, si tendría competencia para suspenderlo “indefinidamente” (sentencia del 6 de octubre de 2005) o, consideró posteriormente, que sólo podría ordenar su revocatoria directa por parte de la administración, siempre y cuando se cumplan los supuestos de ley para el ejercicio del control de auto tutela (sentencia del 26 de mayo de 2006), para, más recientemente, acoger la que se ha denominado tesis garantista pa-

⁴ Ver, entre otras providencias que acogieron la tesis restrictiva: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del dieciocho (18) de mayo de dos mil (2000); Sección Segunda, sentencia del veintitrés (23) de marzo de dos mil (2000); Sección Cuarta, sentencia del veintiocho (28) de agosto de dos mil tres (2003); Sección Quinta, sentencias de primero (1) de junio de dos mil (2000) y del nueve (9) de noviembre de dos mil uno (2001). También se pueden revisar: Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del tres (3) de diciembre de dos mil uno (2001), radicación números AP-102; sentencia del diecinueve (19) de julio de dos mil uno (2001), radicación número AP-085. Sección Primera, sentencia del seis (6) de julio de dos mil uno (2001), radicación número AP-123, y sentencia del seis (6) de diciembre de dos mil uno (2001), radicación número 07001-23-31-000-2001-0002-01. Sección Cuarta, auto del cinco (5) de octubre de dos mil uno (2001), radicación número 25000-23-26-000-2000-0257-01. Sección Quinta, sentencias del seis (6) de julio de dos mil uno (2001), radicación número 25000-23-25-000-2000-0082-01, y sentencia del veinticuatro (24) de julio de dos mil tres (2003), radicación número 73001-23-31-000-2002-0636-01.

ra la protección de derechos colectivos y reconocer que el juez contencioso en sede de acción popular puede anular el acto administrativo cuando dicho acto amenace o lesione un derecho colectivo (sentencia del 21 de febrero de 2007).

En el primer sentido del estudio del papel del juez se manifestó la Sección Tercera del Consejo de Estado, en la sentencia del 6 de octubre de 2005, en la que ordenó al demandado “abstenerse de ejecutar, seis meses después de la fecha en que se le notifique esta sentencia, el Decreto 0023 de enero 16 de 2003”. Dijo el máximo tribunal de lo contencioso administrativo:

El juez popular sólo está facultado para impartir órdenes de hacer o no hacer, incluyendo la de que las autoridades se abstengan de ejecutar los efectos de tales actos, sin que se le haya atribuido la competencia para anularlos, lo cual no impide que pueda entrar a revisar su legalidad, cuando la vulneración del derecho colectivo se acusa precisamente como consecuencia de la ilegalidad del acto, sin que en ese caso su decisión pueda superar la orden de suspender los efectos del mismo.

[Negrilla fuera de texto]

El Decreto 0023 de enero 16 de 2003 era –¿o debe decirse es?– una norma que prorrogaba la medida de restricción de circulación de vehículos automotores en algunas calles y parques de Cartagena. Frente al mismo, dijo el Consejo de Estado:

También es claro para la Sala que al establecer una restricción vehicular, sin salvedades ni matices, también se vulneraron los derechos colectivos al goce del espacio público y a la utilización y la defensa de los bienes de uso público de los más frágiles (ancianos y niños). El alcalde no estaba pues facultado ni constitucional ni legalmente para modificar el POT, perjudicando de paso a un amplio sector de la población, que en ningún momento fue consultada para tomar una medida de esa magnitud. Al hacerlo la autoridad municipal quebrantó el derecho colectivo al uso del espacio público, al presentarse una desviación

*o abuso de sus atribuciones como autoridad de tránsito, que implica una invasión inconsulta de las atribuciones del concejo como autoridad regulatoria en materia de uso de suelos.*⁵

En atención a esta breve síntesis, podría concluirse que, según la providencia citada, en la acción popular sí se puede hacer un juicio de legalidad del acto administrativo que, de violar o amenazar un derecho colectivo, puede ser suspendido por el juez de la acción popular.

En nuestro segundo caso de estudio, en la sentencia del 25 de mayo de 2006 se acreditó la desviación de poder e ilegalidad de una serie de actos que reconocieron unos beneficios prestacionales por fuera de los términos de la ley. Al respecto dijo el Consejo de Estado:

En este asunto, los cargos imputados a la entidad demandada son fundados en conductas que según el mismo demandante no se sometieron al ordenamiento jurídico existente, ni responden al manejo ético y eficiente que “en forma intrínseca corresponde a un ente de su categoría”, pues con el Acuerdo 24 mencionado y el Acta Convenio de 7 de abril de 1992 las partes involucradas se desviaron de lo normado por la Constitución y la ley “para perseguir intereses particulares que se contraponen a los principios de transparencia, economía, eficiencia, economía, celeridad, imparcialidad y obviamente el de moralidad, que debe acompañar las actuaciones de todo servidor público comprometido con sus funciones bajo el marco de la Constitución y la ley”; los cuales, como quedó acreditado en el proceso, se configuraron pues se advierte un comportamiento en franca rebeldía con mandatos claros superiores, lo que –a juicio de la Sala– configura una nítida modalidad de desviación de poder, pues so pretexto de la autonomía universitaria (cuyo alcance no es absoluto como se expuso anteriormente) se pretendió eludir el cumplimiento de los límites señalados por la Constitución y la ley, y por esa vía: i) se usurparon las funciones que constitucionalmente atañen en forma privativa al Congreso y al Gobierno Nacional para

⁵ Sentencia del 6 de octubre de 2005. AP 13001-23-31-000-2002-00135-01

regular el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos bajo la modalidad regulatoria de las normas marco, al expedir su propio régimen, con total desconocimiento de las competencias asignadas a otras autoridades; y ii) se contravino el claro y perentorio mandato de la ley (artículo 414 del C.S.T.) al extender los beneficios acordados en una convención colectiva de trabajo a los empleados públicos del ente universitario accionado. [Negrilla fuera de texto].⁶

Sin embargo, en esta oportunidad el Consejo de Estado se abstuvo de suspender o de anular dichos actos y, por el contrario, ordenó su revocatoria “si fuera posible” o iniciar las acciones de nulidad y restablecimiento correspondientes del derecho. Así se pronunció:

TERCERO. De no ser posible en todos los casos la revocatoria directa de los actos que reconocieron derechos pensionales, ORDÉNASE a la Universidad Distrital “Francisco José de Caldas” iniciar en el término perentorio de 30 días siguientes, las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho respectivas, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este fallo.

¿Por qué la diferencia? La disimilitud planteada en estas dos primeras providencias en el tratamiento de un mismo fenómeno –la ilegalidad del acto analizada dentro de la acción popular– parece derivarse del carácter general o particular del acto administrativo. En efecto, en la sentencia de octubre de 2005 se accedió a la suspensión “modulada” de un acto “general” ilegal, mientras que en el segundo no se accedió a la suspensión de los diversos actos “particulares” ilegales. No parecería que el tema de la gravedad del vicio que afectaba a los actos tuviera ninguna participación en la argumentación, ni tampoco el derecho colectivo involucrado.

Una visión pragmática del derecho justificaría que renunciáramos a seguir debatiendo el tema de la anulación del acto administrativo en el trámite de la acción popular: lo importante es que los efectos del acto administrativo

⁶ Sentencia del 25 de mayo de 2006. Fallo 1089 de 2006, Consejo de Estado.

puedan ser objeto de control por el juez popular y éste puede suspenderlos –incluso con carácter definitivo– cuando se trata de un acto general; cosa que no podría ocurrir con respecto a actos particulares, pues esto podría comprometer el debido proceso de los beneficiarios del acto, y porque en la acción popular no se tutelan derechos subjetivos.

Desafortunadamente –y ese parece ser el carácter de los que vivimos en el derecho– las palabras sí hacen una diferencia y el “demonio está en los detalles”.

Resulta que suspender no es anular y, aún más, pretender escindir el binomio validez-ejecución puede lesionar severamente el principio de legalidad, el cual es pilar, a su turno, del debido proceso. Asimismo, de aceptarse la suspensión de los actos administrativos generales debería llegarse a la misma conclusión con respecto a los denominados particulares, individuales o concretos. Por su parte, no se ve cómo una decisión que ordena a la administración ejercer el control de autotutela tenga alguna eficacia frente a los derechos colectivos vulnerados.

Sobra decir que en nuestro ordenamiento el presupuesto de todas estas discusiones es el reconocimiento del debido proceso como un derecho fundamental, exigible en cualquier proceso contencioso, o incluso en un proceso de derechos humanos, como suelen denominar algunos a la acción popular.

Estas letras se orientan precisamente a contribuir en tan complejo tema. Para el efecto, se revisarán resumidamente los siguientes temas: la competencia del juez de la acción popular para anular un acto administrativo (2.1) y la revisión crítica de las facultades judiciales de la Ley 472 de 1998 (2.2); además, el futuro del debate, enmarcado en una sentencia reciente de la Corte Constitucional y en la sentencia del 21 de febrero de 2007 de la Sección Tercera del Consejo de Estado (3).

2.1. ¿Tiene el juez de la acción popular la competencia legal para anular un acto administrativo en el trámite de la acción popular?

La respuesta que doy aquí es positiva, pero no sin condiciones. Esto se explica así:

Los que defienden la tesis restrictiva son de la juiciosa opinión según la cual, el artículo 34 de la Ley 472 de 1998 no contiene una facultad que expre-

samente le permita al juez anular un acto y, por lo tanto, y en razón al principio de legalidad, los jueces no estarían habilitados a tomar este tipo de decisiones.

Nos parece que una lectura así pasa por alto el mismo texto del artículo 34 y su recta integración con el universo de normas que componen la acción popular para la tutela de derechos colectivos. Veamos:

La sentencia que acoja las pretensiones del demandante de una acción popular podrá contener una orden de hacer o de no hacer, condenar al pago de perjuicios cuando se haya causado daño a un derecho o interés colectivo en favor de la entidad pública no culpable que los tenga a su cargo, y exigir la realización de conductas necesarias para volver las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho o del interés colectivo, cuando fuere físicamente posible. [Negrilla fuera de texto]

La frase dominante del texto utiliza el verbo “podrá” y luego describe el contenido mismo de la sentencia: orden de hacer, no hacer, condenar al pago de perjuicios, exigir la realización de conductas necesarias para volver las cosas al estado anterior. Ese “podrá” tiene dos lecturas posibles:

- (i) Es usado como verbo introductorio a lo que resultan ser las únicas decisiones que pueden tomarse en la sentencia de la acción popular o,
- (ii) el verbo es usado en el futuro simple del indicativo,⁷ lo que sugiere que es una descripción no taxativa de las órdenes y condenas que puede impartir un juez en su sentencia.

Consideramos que la segunda lectura tiene mayor fuerza argumentativa y razonabilidad atendiendo al fin mismo de las acciones populares: la protección de derechos colectivos, sin que ello implique sugerir una competencia implícita y absoluta, encabezada por el juez de la acción popular.

En efecto, el artículo 2 de la Ley 472 de 1998 *in fine*, nuevamente reitera que las acciones populares se ejercen para, entre otras, “(...) restituir las cosas

⁷ Diccionario de la Real Academia de la Lengua: “Poder: tener expedita la facultad o potencia de hacer algo”. Disponible en: www.rae.es. Fecha de consulta: 20 de abril de 2007.

a su estado anterior cuando fuere posible”. Hay que tener en cuenta que en este supuesto el legislador sólo condicionó este efecto retroactivo a que la restitución fuere posible. ¿Se refirió el legislador a una posibilidad física o jurídica? Por lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 472 de 1998, la respuesta sería la posibilidad física de la retracción. En este sentido, es bueno preguntarse si esta limitación puede invocarse válidamente para rechazar la idea de que en la acción popular se puede anular un acto administrativo. La respuesta nos parece negativa, ya que la anulación del acto es la consecuencia natural de “la restitución de las cosas a su estado anterior”, cuando el acto es la causa de la violación o amenaza del derecho colectivo.

Resulta por demás curioso que los defensores de la tesis restrictiva se apeguen fácilmente a la primera lectura, en la que subyace una creencia –varias veces refutada por la experiencia– según la cual estamos ante un legislador metódico que se ocupa de regular integralmente los procedimientos y competencias. En todo caso, esta lectura así expresada es totalmente razonable y la ineptitud cíclica del Parlamento no es fuente de derecho.

Por su parte, si se acoge la tesis que hemos llamado restrictiva, sus defensores tendrían que explicar por qué la descripción normativa del artículo 34 (Ley 472 de 1998) es taxativa y, además, cómo se explican los siguientes fenómenos:

1. En otras acciones constitucionales, como la de tutela y cumplimiento, el legislador, al mencionar el contenido del fallo, utilizó el verbo *deberá*⁸ y no el verbo *podrá*. La distancia entre ambos verbos es inocultable. Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua, la palabra “deber” significa “Estar obligado a algo por la ley divina, natural o positiva”. Así, en el sentido gramatical, en las acciones de tutela y cumplimiento el juez está obligado a incluir en su fallo lo establecido en la ley, mientras que en la acción popular el juez podrá incluir lo establecido expresamente en ese artículo.
2. Cuando se imparte a la administración una “orden de no hacer” se la está conminando a que no realice determinada conducta que, en

⁸ Decreto-ley 2591 de 1991, artículo 29, y Ley 393 de 1997, artículo 21.

principio, estaría habilitada para hacer, bien sea porque una norma o un contrato le permitan tal cosa. Cuando se anula un acto se le está dando la misma orden de no hacer a la administración; esto es, que no puede ejecutar lo dispuesto en el acto anulado y, además, en el futuro, no puede reproducirlo. La pérdida de validez del acto anulado es una consecuencia de la imposición de la orden del juez. De esta forma, “anulación” y “orden de no hacer” serían términos sinónimos que describen un mismo fenómeno.

3. En idéntico sentido, al realizar las conductas necesarias para volver las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho o del interés colectivo pasaría lo mismo. La administración tiene que retrotraer cualquier ejecución de un acto administrativo, siempre que ello fuese físicamente posible. ¿Acaso no ocurre lo mismo con la anulación de un acto?, se retrotraen sus efectos. En consecuencia, el efecto retroactivo de la decisión judicial, propio de la “acción de nulidad”, no es extraño a la acción popular.
4. Ahora, de qué sirve escindir la validez del acto, de su ejecución, para efectos de tutelar un derecho colectivo. Se diría algo como esto: el acto es violatorio del derecho colectivo X, por tanto, se suspende su ejecución. De qué sirve ese acto desmembrado de su razón de ser: producir efectos. En mi opinión, dejar vivo, válido, ese acto inoperante puede producir gran confusión e inseguridad para un sistema que reclama a gritos claridad.
5. ¿Cómo es posible que nos diga la jurisprudencia en la sentencia de octubre de 2005, que se pueden suspender los efectos del acto administrativo, pero no anularlo, cuando en ninguna parte del artículo 34 de la Ley 472 de 1998 se habilita EXPRESAMENTE al juez a suspenderlo? *Ubi eadem ratio ibi ius.*
6. ¿Cómo es posible que nos diga la jurisprudencia que se puede “instar”⁹ a la administración, cuando en ninguna parte del artículo 34 de la Ley 472 de 1998 se habilita EXPRESAMENTE al juez a tal cosa? Además,

⁹ Consejo de Estado, sentencia del veinticinco (25) de mayo de dos mil seis (2006): “CUARTO: INSTASE a la Universidad Distrital Francisco José de Caldas para que se abstenga de reconocer y pagar a los empleados públicos docentes y personal administrativo factores salariales y prestacionales no es-

instar, según el diccionario de la Real Academia de la Lengua significa “repetir la súplica o petición, insistir en ella con ahínco”. En otras palabras, el juez se despoja de su *autorictas* para emitir órdenes y ahora emite súplicas o peticiones, si se quiere, recomendaciones. ¿Hasta qué punto instar se convierte en una orden de hacer que resulte obligatoria para el demandado?

7. Los que apoyan la tesis restrictiva, tendrán que ir más allá de razones procesales y explicar cómo la acción popular no es un juicio típico de legalidad. En efecto, en los términos del párrafo del artículo 4 de la Ley 472 de 1998, los derechos e intereses colectivos estarán “definidos y regulados por las normas actualmente vigentes o las que se expidan con posterioridad”. Así, si una persona o la administración actúan conforme a dichas normas, ningún reproche puede hacerse de su conducta, en otras palabras, la antijuridicidad de la conducta sería presupuesto fundamental –pero no suficiente– para la integración de los elementos que pueden hacer responsable a una persona o entidad por violación de derechos colectivos. A la misma conclusión se arriba cuando se lee el artículo 7 *in fine*: “los derechos colectivos (...) se observarán y aplicarán de acuerdo a como están definidos y regulados en la Constitución, las leyes y los tratados internacionales que vinculen a Colombia.” Por lo tanto, lo natural en las acciones populares es contrastar la legalidad de comportamientos, conductas, actos, hechos y omisiones y una de las sanciones lógicas cuando tal legalidad es transgredida, es la nulidad.
8. Si bien no es una razón de orden jurídico, la tesis restrictiva estaría en contra del ideal que pretende crear el Código modelo para procesos colectivos en Iberoamérica, que en su artículo 4 dispone lo siguiente:

“Artículo 4°. Efectividad de la tutela jurisdiccional. Para la defensa de los derechos e intereses protegidos por este Código son admisibles todas las acciones aptas para propiciar su adecuada y efectiva tutela”.

tablecidos en la ley, así como pagar los mayores valores pensionales en la cantidad que supere el tope máximo de salarios mínimos legales vigentes, en lo pertinente”.

Dentro de esta hipótesis naturalmente se permitiría una pretensión – acción en los desafortunados términos del CCA (Código Contencioso Administrativo)– anulatoria de un acto administrativo.

9. Hay que mirar por un momento cómo el legislador reguló el contenido de la sentencia en las acciones ordinarias. Dice el 170 del CCA:

La sentencia tiene que ser motivada. Debe analizar los hechos en que se funda la controversia, las pruebas, las normas jurídicas pertinentes, los argumentos de las partes y las excepciones con el objeto de resolver todas las peticiones. Para restablecer el derecho particular, los organismos de lo contencioso administrativo podrán estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas, y modificar o reformar éstas.

Si leemos aisladamente este artículo concluiríamos que el juez contencioso no tiene competencia para anular los actos administrativos. Hay que integrar esta norma con el resto del CCA para concluir, sin duda alguna, que la jurisdicción contenciosa en sede de acciones ordinarias puede anular un acto. Lo anterior significa que en la Ley 472 de 1998 también se puede hacer una integración normativa para analizar la competencia del juez. En tal ejercicio, encontramos que la respuesta parece ser afirmativa. Y, en dicha integración, concluiríamos que el juez popular puede anular un acto. En efecto:

- a. ¿Qué sentido tiene una acción en donde el juez puede adoptar medidas cautelares innominadas (artículo 25 de la Ley 472), pero esta constreñido en su sentencia?
- b. ¿Qué sentido tiene que se supedite la anulación de un acto a un trámite posterior, cuando la acción popular es autónoma?
- c. ¿Qué sentido tiene mencionar la exención del requisito de agotar previamente la vía gubernativa?
- d. ¿Qué sentido tiene el principio de eficacia que informa este tipo de acciones, si uno de sus resultados necesarios –que no siempre lo serán– debe ser ejercido en otra acción?

Otro de los argumentos de los defensores de la tesis negativa distingue los casos de actos administrativos generales y actos particulares, para impedir la anulación en estos últimos; corriente que parece fundamentar las decisiones que se comentan en el presente artículo. Como tuve la oportunidad de exponerlo en nuestro ensayo sobre actos administrativos y acciones populares:

Respecto a la diferencia entre actos administrativos generales y particulares, se ha dicho que los primeros son aquellos que se refieren a personas indeterminadas *v.gr.* un decreto que limite la libertad de circulación en el territorio nacional; mientras que los segundos son aquellos que se refieren a personas determinadas e individualizadas¹⁰ *v.gr.* un acto de nombramiento de un cargo público en el Ministerio de Defensa.

Esta estructura tutelar clásica propendía por la protección de la legalidad como bien jurídico autónomo y las facultades para proteger ese bien jurídico se otorgaban según cómo el acto administrativo afectara a personas indeterminadas o a personas determinadas. Por ello, en la acción de nulidad simple, el interés de proteger la legalidad es considerado en el derecho colombiano como un interés público que no está circunscrito a un sujeto específico, para lo cual, también se asignó una legitimación popular o pública.

Entretanto, para la nulidad del acto administrativo particular, ese interés se reducía solo a aquellos sujetos directamente afectados en su esfera de derechos individuales o que tuvieran un interés directo en el “resultado del proceso” y, en principio, solo a ellos se les reconocía interés su-

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Bogotá, 11 de marzo de 1994, expediente No. 2756: “*el carácter individual de un acto no está dado por la posibilidad de que los sujetos a los cuales él está dirigido sean fácil o difícilmente individualizables o identificables, sino que ellos están efectivamente individualizados e identificados, de tal manera que el contenido del acto sea aplicable exclusivamente a esas personas y no a otras que puedan encontrarse en la misma situación. De no entenderse así, todos los actos podrían ser calificados de individuales o subjetivos en la medida en que, por principio, los actos de las autoridades públicas tienen vocación de aplicación individual a quienes se encuentren en la situación prevista por el acto*”.

“*Acto administrativo individual es la declaración de voluntad expresada por un órgano administrativo y que determina, de manera unilateral, lo que es derecho en un caso individual*”. (Stassinopoulos 1981)

“[El acto administrativo unilateral] *mira a una o más personas o casos individualmente determinados o determinables*”. (Garrido 2005)

ficiente para promover o defender el control de legalidad jurisdiccional, pero –se reitera– siempre como resultado conexo al interés de proteger un derecho propio.¹¹

2.2. La acción popular de la Ley 472 de 1998, ¿un retroceso en la protección de los derechos colectivos?

Son casi unánimes las voces que se entonan para reconocer que la Ley 472 de 1998 es un avance en la protección de los derechos colectivos. La sistematización del procedimiento y la amplia descripción de los poderes judiciales, así como la generosa lista de derechos colectivos, secundan tal conclusión. Sin embargo, ¿qué ocurriría si advirtiéramos que la Ley 472 de 1998 limitó la competencia judicial para controlar las acciones y omisiones del Estado cuando violan o amenazan un derecho colectivo? Seguramente tendríamos que reevaluar la imagen positiva de dicha ley. Tomemos como ejemplo algunas normas anteriores a la Ley 472 de 1998 referidas a la protección de derechos colectivos.

La Ley 99 de 1993, en su artículo 73, diseñó una acción de nulidad que “procede contra los actos administrativos mediante los cuales se expide, modifica o cancela un permiso, autorización, concesión o licencia ambiental de una actividad que afecte o pueda afectar el medio ambiente”. Esta norma permitía cuestionar la legalidad de un acto particular cuando la actividad por él amparada afectara el medio ambiente (derecho colectivo por esencia). La Ley 9 de 1989, en su artículo 8, consagraba la acción popular “contra cualquier persona pública o privada, para la defensa de la integridad y condiciones de uso, goce y disfrute visual de dichos bienes [se refería al espacio público, derecho colectivo por esencia] mediante la remoción, suspensión o prevención de las conductas que comprometieren el interés público o la seguridad de los usuarios”. Siguiendo esta norma, no era un disparate sostener que un acto administrativo –como conducta positiva de la administración– podía ser “removido o suspendido” para defender la “integridad y condiciones de uso, goce y disfrute visual” del espacio público. Esta norma precisaba, además, que la acción “podrá interponerse en cualquier tiempo”.

¹¹ Botero Aristizábal 2004.

Del anterior análisis se puede deducir que algunas de las normas de protección de derechos colectivos, anteriores a la Ley 472 de 1998, eran más contundentes en cuanto al control de legalidad del actuar administrativo, y de ellas podía concluirse que el juez estaba habilitado a anular o suspender un acto administrativo lesivo de los intereses colectivos protegidos por la norma. ¿Se eliminó tal facultad mediante la expedición de la Ley 472?

La respuesta es, nuevamente, negativa, no sólo por lo explicado en el numeral 2.1, sino por una razón adicional: las acciones populares anteriores a la Ley 472 –como las anteriormente citadas– siguen vigentes. En efecto, el propio artículo 45 de la Ley 472 de 1998 lo señaló: “Aplicación. Continuará vigentes las acciones populares consagradas en la legislación nacional pero su trámite y procedimiento se sujetarán a la presente ley”.

En otras palabras, no se alteraron las facultades judiciales contenidas en el artículo 73 de la Ley 99 de 1993, ni en el artículo 8 de la Ley 9 de 1989, simplemente se modificó el trámite y el procedimiento que, en mi opinión, no se extiende al contenido del fallo en los términos del artículo 34 de la Ley 472 de 1998, el cual ha sido tantas veces invocado para sostener la imposibilidad de anular un acto administrativo en la acción popular.

Ahora bien, de aceptarse lo anterior, es posible que algunos sostengan que sólo en los eventos en donde la ley expresamente contempló el efecto anulatorio podría el juez de la acción popular tomar tal decisión pero, es mi parecer que, tal hermenéutica resultaría nefasta, ya que crearía categorías de protección de los distintos derechos colectivos que no resistirían un simple análisis de lógica jurídica, verbigracia, un acto administrativo manifiestamente ilegal, pero que viole el derecho de moralidad administrativa no podría anularse en sede de acción popular, pero sí lo sería un acto administrativo que autorice una publicidad exterior visual ilegal por indebido trámite.

La referencia del artículo 45 de la Ley 472 de 1998 debe ser leída en consonancia con la del 44 *in fine*, que remite en lo no regulado a los estatutos procesales de lo civil y lo contencioso y, en este último caso, admitiría una remisión a la norma que describe las competencias anulatorias del juez contencioso en las acciones ordinarias.

3. El futuro hoy

Si bien se trata de un *obiter dicta*, nuestro máximo juez constitucional ha aceptado abiertamente que en la acción popular se pueden anular actos administrativos. En efecto, en la revisión de una sentencia de tutela contra actos administrativos emanados de una licitación pública,¹² dijo:

A manera de conclusión, esta corporación encuentra que frente a los actos administrativos precontractuales, existen en el ordenamiento jurídico distintas acciones que permiten controvertir su validez, con idoneidad y aptitud suficiente para conferir un amparo integral; ellas son: la acción de nulidad, de nulidad y restablecimiento del derecho, la acción contractual y la acción popular. [Negrilla fuera de texto]

A renglón seguido, en la precitada providencia, se lee la siguiente nota al pie: “Únicamente sobre la base de protección a los derechos colectivos, excluyendo su uso para la obtención de un interés meramente individual, subjetivo y concreto”.

De tal manera, el juez constitucional ha aceptado que en la acción popular se pueden anular actos administrativos lesivos de derechos colectivos, lo que puede motivar el cuestionamiento de validez y su consecuente anulación de parte del juez popular, sin diferenciar el carácter particular o general del acto precontractual. No existe alguna razón constitucional que limite la aplicación de esta conclusión a otro tipo de actos administrativos ajenos a la contratación estatal.

Ahora bien, la sentencia que marcará la diferencia en materia de acciones populares a futuro es la proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado del 21 de febrero de 2009. En ella se enfrentó el problema de la acusación de ilegalidad de la Resolución 3797 de 2004 por exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria, limitada en el Decreto reglamentario 1281 de 2002, al exigir mayores requisitos en las reclamaciones de recobro contra el Fosiga (Fondo de Seguridad y Garantía), por trasgresión al principio constitucional de la buena fe,

¹² Corte Constitucional, sentencia SU-713 del 23 de agosto de 2006. Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil. *Revista Jurisprudencia y Doctrina*. Tomo XXXV, No. 419, noviembre de 2006, Bogotá: Legis.

y al Decreto 2150 de 1995 –Estatuto Antitrámites– al exigir documentos que el actor calificó de arbitrarios. En esta oportunidad, variando su jurisprudencia anterior respecto a la nulidad de actos administrativos en la acción popular, el Consejo de Estado concluyó:

*En síntesis, para esta Sala, con fundamento en la ley, es viable analizar la legalidad de los actos administrativos, al interior de la acción popular, pero condicionado a que esa manifestación de voluntad sea causa directa de la amenaza o vulneración del derecho colectivo, criterio que se comparte y reitera en esta oportunidad, y que responde a la tesis que acepta la procedencia de la acción popular frente a la manifestación de voluntad de la administración, cuando con ésta se vulneran derechos o intereses colectivos (...) Además, agrega ahora la Sala, variando la jurisprudencia vigente, resulta posible para el juez declarar, incluso, **la nulidad** del acto administrativo transgresor de derechos colectivos, en aplicación de los poderes del juez de la acción popular, previstos en los artículos 2 y 34 de la Ley 472 de 1998 y, haciendo suyos los argumentos de quienes en su oportunidad, salvaron o aclararon el voto a aquellas decisiones que limitaban el poder del juez popular a la sola suspensión de los efectos. [Negrilla fuera de texto]*

Se trata pues de la recepción plena de la denominada tesis garantista, llamada acertadamente por la Sección Tercera como finalística. Es importante precisar en todo caso, que en la mentada providencia no se anuló el acto expresamente demandado por el actor, toda vez que no se le consideró ilegal, a raíz de que el juez contencioso encontró que la violación al derecho colectivo se encontraba no en el acto administrativo sino en la ejecución del mismo:

En verdad, la demanda determina que la conducta violatoria de los derechos colectivos la constituye el retraso en el pago de los recobros, cuya causa eficiente y determinante es el acto administrativo. Así, el retardo en el pago es una conducta distinta, susceptible de ser analizada en forma independiente, pues si bien la puesta en marcha de las órdenes impartidas en el acto administrativo derivan de éste, es inne-

gable que, por regla general, son autónomas para el momento de atribuir violación de un derecho colectivo, y tal situación se refleja de forma particular en la circunstancia de que el demandante formuló algunas pretensiones que en su contenido se separan del acto administrativo, tales como, ordenar al Fosyga que pague o audite, en forma inmediata, la totalidad de las cuentas de recobro, por medicamentos no POS y fallos de tutela.

En esta providencia hay muchas afirmaciones que deben ser destacadas. Entre ellas, vale la pena resaltar y estudiar la siguiente afirmación del Consejo de Estado:

Resulta viable que, con el fin de determinar la posible transgresión o amenaza a los derechos colectivos, el juez analice el marco normativo que sustenta el acto administrativo, sin que ello implique el cotejo propio y necesario que debe hacerse en las acciones que atacan la legalidad del acto administrativo; porque el juez de la acción popular se circunscribe a la protección de los derechos e intereses colectivos, con el objeto de evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza o la vulneración de esa clase de derechos, o a restituir las cosas a su estado anterior, cuando fuere posible. Por esta razón, aunque el acto administrativo puede ser transgresor de normas de rango superior a las que está sometido, ello no es suficiente para que prospere la acción popular, pues, se requiere de dos elementos adicionales: la demostración de la conducta imputada y que vulnere o amenace los derechos colectivos.

Para anular un acto administrativo en sede de acción popular se requieren tres elementos: a) la violación de normas de rango superior, b) la demostración de la conducta imputada, y c) la vulneración o amenaza de derechos colectivos.

Si bien estos requisitos parecen muy claros tengo algunos comentarios al respecto:

La nulidad del acto administrativo siempre supone un juicio de legalidad. En ninguna parte de esta sentencia –o de la Ley 472 de 1998– se

ha habilitado al juez para anular actos por razones de conveniencia u oportunidad. Esto es fundamental para mantener el poder sometido al derecho y para respetar las competencias constitucionales. De igual forma, esta condición se acompasa perfectamente con el criterio normativo que informa los derechos colectivos en derecho colombiano. No se puede abrir la compuerta para que un mecanismo democrático como la acción popular termine legitimando la tiranía del juez que impone su criterio, incluso en contra de la colectividad y por fuera de la legalidad. Nuestro sistema constitucional no prohíba el colectivismo radical.

El requisito de “demostración de la conducta imputada” puede sugerir muchas cosas que no quedan suficientemente claras. En primer término, que la carga de la prueba recae en el actor y, por lo tanto, la ausencia de presunciones. En segundo lugar, no habría un control oficioso de legalidad, pues si así fuera, este requisito no sería necesario. En tercera instancia, parecería que el juez desliga el acto de su efecto, para que sea este mismo –en concreto– evidencia de la violación del derecho colectivo. Por último, el requisito esencial para anular el acto es que éste sea la causa de la violación o amenaza al derecho colectivo, y es este requisito el que diferencia esta acción de las denominadas anulatorias ordinarias, lo que implica, entre otras, el carácter autónomo de la acción popular, la ausencia de prejudicialidad frente a las acciones ordinarias y la posibilidad de que un acto ilegal no sea anulado en sede popular –aún si se ha demostrado la ilegalidad–, por no violar o amenazar un derecho colectivo.

Para terminar, quisiera exponer algunas de las preguntas que seguramente surgirán del debate de esta trascendental sentencia, para motivar en la doctrina la sana discusión constructiva: ¿qué actos serían anulables en la acción popular? ¿Se podrían anular los actos de trámite? ¿Los requisitos formales de la anulación de las acciones ordinarias serían predicables en la acción popular? ¿Qué pasa en la anulación de un acto administrativo particular en sede popular, se estaría legitimando el restablecimiento de derechos particulares? ¿Cuáles son las condiciones para suspender provisionalmente el acto en la acción popular? ¿Puede anularse un acto administrativo por amenazar (daño contingente) un derecho colectivo?

4. Bibliografía

- Botero Aristizábal, Luis F. *Acción popular y nulidad de actos administrativos*. Bogotá: Legis, 2004.
- García Pérez, Marta. *El objeto del proceso contencioso administrativo*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 1999.
- Garrido Falla, Fernando. *Tratado de derecho administrativo (vol. III): La justicia administrativa*. 2ª ed. Madrid: Plaza edición. 2005.
- Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 6 de octubre de 2005. Sentencia AP-250002327000200301293 01.
- Consejo de Estado. Sentencia del 25 de mayo de 2006. Fallo 1089 de 2006 Consejo de Estado.
- Consejo de Estado. Sentencia del 21 de febrero de 2007. Sentencia CE AP-760012331 000200500549 01.
- Stassinopoulus, Michell. *El Acto Administrativo*. Bogotá: Ed. Temis Bogotá. 1981.

III. La moralidad administrativa como Derecho Colectivo

Martín Bermúdez Muñoz*

1. Contexto normativo

- a. El artículo 3 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), el cual actualmente se encuentra vigente enumeró los *principios orientadores* de las actuaciones administrativas:

Las actuaciones administrativas se desarrollarán con arreglo a los principios de economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción y, en general, conforme a las normas de esta parte primera. [Negrilla fuera de texto]

- b. La Constitución Política de 1991 adicionó a los principios anteriores el de la moralidad y le otorgó a la *moralidad administrativa* la naturaleza de *derecho colectivo*:

ARTÍCULO 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

ARTÍCULO 88. La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio,

* Catedrático de la Universidad del Rosario.

el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella. [Negrilla fuera de texto]

- c. El artículo 4 (literal b) de la Ley 472 de 1998 al regular las *acciones populares* incluyó, como *derecho o interés colectivo* el de la *moralidad administrativa*, y el párrafo de dicho artículo dispuso:

PARÁGRAFO. Los derechos e intereses enunciados en el presente artículo estarán definidos y regulados por las normas actualmente vigentes o las que se expidan con posterioridad a la vigencia de la presente ley.
[Negrilla fuera de texto]

Dentro de la Ley 472, las siguientes normas hacen referencia particular a la *moralidad administrativa*:

ARTÍCULO 40. INCENTIVO ECONÓMICO 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 popula

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.

ARTÍCULO 43. MORAL ADMINISTRATIVA. En las acciones populares que versen sobre la moral administrativa y con miras a evitar la duplicidad de funciones para los efectos de los artículos 277 y 278 de la Constitución Política, el juez que conozca de estas acciones decretará las medidas previas o cautelares que estime procedentes y comunicará la demanda a la Procuraduría para que la misma se haga parte si lo considera conveniente.

Si de los hechos se desprende que se ha incurrido en una situación de orden disciplinario, la acción popular se adelantará sin perjuicio de la competencia que corresponda a la Procuraduría en materia disciplinaria. La acción popular no puede interferir las acciones disciplinarias o penales que para el caso procedan. [Negrilla fuera de texto]

2. La moral como categoría jurídica

- a. La existencia de una norma constitucional que somete la conducta de los funcionarios a la *moral administrativa*, su consagración como *derecho colectivo* y el establecimiento de una acción judicial con el objeto de garantizarlo son circunstancias que introducen un cambio trascendental en el papel del Juez, cuya función esencial es la de *decidir conflictos conforme con el derecho*.

Si partimos del hecho de que el *ordenamiento jurídico* está compuesto por las reglas de derecho sustancial, que establecen los derechos y obligaciones de los ciudadanos y los deberes de los funcionarios públicos, y por las reglas de derecho procesal que garantizan su cumplimiento, incluir dentro de ese ordenamiento los *principios o reglas morales* que por esencia son exactamente lo contrario a una regla de derecho, en tanto que sólo pueden ser adoptadas y acatadas por la voluntad individual, constituye un sinsentido o un absurdo.

- b. Hasta la expedición de la nueva Constitución, los servidores públicos estaban sometidos al principio de la *competencia reglada*, de acuerdo con la cual debían sujetar sus actuaciones a las disposiciones legales y reglamentarias que las regulan. Dicho principio se mantiene aún vigente en la misma Carta:

ARTÍCULO 6°. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones."

ARTÍCULO 123. (...) Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. [Negrilla fuera de texto]

Sin embargo, a la luz del artículo 209 de la Constitución, puede entenderse que los servidores públicos deben sujetar sus actuaciones no sólo a los mandatos de la ley y del reglamento, sino también a los principios de la *moralidad*. Y entonces allí surgen las preguntas:

¿Cuáles son los principios de la *moralidad*?

¿A cuál moralidad se refiere la Constitución Política?

- c. El carácter subjetivo y difuso de dicho concepto, hace muy difícil tal precisión. La moral en sí misma comprende una serie de valores que están determinados por el momento histórico y por el sistema político o social, que son los que fijan los tipos ideales de comportamiento. Por ello, hablar de moral sin referirla a una determinada ideología o conjunto de principios (moral cristiana, moral socialista) dificulta aún más su precisión y hace discutible que a ella pueda otorgársele el carácter de principio, el cual, en cambio, sí puede asignársele, por ejemplo, a la justicia, a la solidaridad o a la igualdad.¹

Las anotaciones que hace Jaime Orlando Santofimio sobre este tema son suficientemente elocuentes, razón por la cual se traen a este ámbito y se transcriben:

Llevar a norma positiva el principio de la moralidad constituye no solo un error, sino el mayor de los despropósitos del constituyente. Con-

¹ Dice Arthur Kaufman: "El término 'moral' se utiliza en un lenguaje corriente sin especificidad. La delimitación de la ética no es rigurosa; ambas palabras se usan, con frecuencia, como sinónimas. De otro lado, se entiende a menudo por moral como algo similar o idéntico a 'costumbre'. La costumbre por su parte, se pone cerca de reglas de comportamiento, que se asemejan a las que representan el 'uso', la 'convención' y el 'hábito'. Lo que es la moral no es posible afirmarlo en una definición, sino tan solo delimitarlo de modo más o menos nítido, por medio de una comparación con reglas de comportamiento cercanas como derecho, costumbre, uso, hábito, convención". (Arthur Kaufman, *Filosofía del Derecho*, 2008).

tir en norma jurídica la moralidad, implica distorsionar el sentido de las cosas y normalizar lo que por naturaleza es imposible circunscribir al mundo positivo...

Mientras el derecho pretende garantizar un orden social y sanciona con la fuerza del Estado, la moral impone un orden personal que oriente las conductas del sujeto de acuerdo con sus convicciones. De aquí que las mismas puedan resultar indiferentes para el derecho. Pero el problema es aún más complejo ¿Cuántos son los criterios morales que pueden existir? Indudablemente muchos, de aquí que su elevación a norma jurídica, no sea otra cosa que un absurdo. (Santofimio 2008) [Negrilla fuera de texto]

3. El concepto jurisprudencial de la moralidad administrativa

- a. La dificultad o la imposibilidad lógica de incluir como *categoría jurídica* el concepto de *moralidad administrativa* se refleja en las diversas consideraciones expuestas por la jurisprudencia del Consejo de Estado para tratar de contextualizar este concepto.

Dichas consideraciones revelan la tensión que surge de dos propósitos que la jurisprudencia intenta conciliar y que lógicamente son inconciliables: no permitir que los jueces puedan decidir con un criterio absolutamente subjetivo cuáles son las conductas administrativas que deben calificarse de *inmorales*, lo cual obliga a sujetar sus decisiones al *ordenamiento jurídico* y, al mismo tiempo, intentar distinguir las conductas que pueden considerarse como atentatorias de la moralidad administrativa de aquellas que simplemente pueden estimarse como contraventoras de la *juridicidad*, con el objeto de *delimitar* el ámbito dentro del cual resulta procedente esta acción.

En efecto:

- i) La regla es que el juez obre *conforme* con el derecho, el cual está compuesto de normas o enunciados jurídicos conocidos previamente por sus destinatarios. Su función constitucional es esa y, en

desarrollo de ella, cuenta con facultades para *garantizar* la efectividad de esos derechos.

- ii) Si le exigimos que, además de *garantizar esos derechos*, garantice también la vigencia de la *moralidad administrativa*, le estamos asignando evidentemente una función distinta. A un ciudadano que invoque la protección de este derecho colectivo y le pida al juez adoptar medidas para modificar una situación fáctica, que él estima como atentatoria de la moralidad administrativa, no podríamos exigirle que fundamente su petición en normas o principios legales.
 - iii) Sin embargo, permitir que un juez fundamente su decisión exclusivamente en lo que él considere como ajustado a la *moralidad* implicaría permitir la existencia de decisiones *arbitrarias* que adicionalmente pueden atentar contra otros derechos constitucionales y legales.
- b. El primer concepto expuesto por la jurisprudencia afirma que el juez de la *acción popular* sólo puede considerar como violatoria de la moralidad administrativa la conducta del servidor público, aquella que sea contraria a una disposición perteneciente al ordenamiento jurídico legal y que, adicionalmente, esté acompañada de alguna circunstancia que permitiera calificarla de *inmoral*.

(...) no siempre la ilegalidad conduce a la vulneración a la moralidad administrativa y corresponde al demandante en la acción popular la carga procesal de precisar el aspecto en el cual radica la trasgresión a este principio, endilgando acusaciones propias de su vulneración y no solo de ilegalidad.²

En todo caso, las violaciones a la normatividad administrativa no pueden ser acusaciones gaseosas, ambiguas o vacías de contenido. El actor debe demostrar objetivamente que los representantes de la ad-

² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del dieciséis (16) de marzo de dos mil seis (2006). Exp. No. AP-130012331000200300239-01. Ponente: Ruth Stella Correa P.

*ministración asumieron verdaderas conductas contrarias a la probidad, la honorabilidad y la imparcialidad de la acción estatal. De no ser así, se caería en el absurdo de que cualquier yerro o equivocación técnicos o cualquier criterio jurídico o profesional discutible, fueran vistos como atentados contra la moralidad administrativa, lo que no se compadece con el principio de eficacia y el manejo preciso del lenguaje jurídico. También ahí, en ese manejo, radica la seguridad jurídica.*⁵ [Negrilla fuera de texto]

- c. Si para que pueda considerarse violado el principio de la *moralidad administrativa* se requiere evidenciar *algo más* que la simple violación del ordenamiento jurídico, lo que corresponde definir es en qué consiste ese *adicional* que es necesario para consolidar el concepto. Lo adicional que exige la jurisprudencia es una especie de *calificación* de la conducta del servidor público. No basta con encontrarse ante el simple desconocimiento de una disposición legal, sino que es necesario que éste sea *ostensible o protuberante*.⁴ Sin que sea menester acreditar el *dolo o la culpa grave* del servidor público, es necesario que su conducta evidencie el propósito del servidor de alcanzar fines personales o, en todo caso, distintos de aquellos a los que está obligado perseguir de acuerdo con el ordenamiento jurídico.

Desde esta perspectiva, ha de considerarse como inmoral toda actuación que no responda al interés de la colectividad y específicamente, al desarrollo de los fines que se buscan con las facultades concedidas al funcionario que lo ejecuta..

(...) En efecto, la moralidad administrativa se refiere al ejercicio de la función administrativa conforme al ordenamiento jurídico y a las finalidades propias del cumplimiento de las funciones públicas, determinadas por la satisfacción del interés general, y no por intereses privados y par-

⁵ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sentencia del tres (3) de febrero de dos mil cuatro (2004). Exp. No. 02-2704. Ponente: Hugo Bastidas B.

⁴ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. sentencia del 22 de agosto de 2007, radicación AP-0228. Ponente: Dr. Ramiro Saavedra Becerra.

ticulares, sin que cualquier vulneración al ordenamiento jurídico, en el ejercicio de tal función, lleve consigo de manera automática, vulneración a la moralidad administrativa; por cuanto, no toda violación al principio de legalidad implica automáticamente violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa.

Con este propósito es importante precisar que a veces la violación al principio de legalidad, que se traduce en el no acatamiento de la normatividad en el ejercicio de la función administrativa, puede conducir a concluir también la vulneración a la moralidad administrativa, porque a la ilegalidad de la actuación se une la conducta antijurídica de quien la ejerce, en tanto actúa no con el ánimo de satisfacer el interés general, sino con el claro propósito de atender intereses personales y particulares; esto es, se vale de la función que ejerce como servidor del Estado, en provecho propio.⁵ [Negrilla fuera de texto]

- d. No obstante, la propia jurisprudencia, al desarrollar los anteriores conceptos, encontró en esa exigencia adicional una similitud o un parecido con el presupuesto de la *desviación de poder*, lo cierto es que entre las dos figuras existen diferencias fundamentales.

En efecto, mientras que en la *desviación de poder* nos encontramos ante una conducta que formalmente se ajusta al ordenamiento jurídico y su ilegalidad se estructura cuando se acredita que su finalidad real fue desconocerlo, lo que exige la jurisprudencia para estructurar la violación al derecho colectivo de la *moralidad administrativa* es la existencia de una ilegalidad y *adicionalmente* la evidencia de que el funcionario incurrió en ella con el propósito de desconocer el ordenamiento jurídico y de lograr fines particulares distintos a aquellos que, conforme con el mismo, debía perseguir.

- e. Esa calificación particular de la *conducta* del servidor público, exigida para configurar la violación de la *moralidad administrativa* y consecuentemente la procedencia de la *acción popular*, encuentra sustento

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del dieciséis (16) de marzo de dos mil seis (2006). Exp. No. AP-130012331000200300239-01. Ponente: Ruth Stella Correa P.

en las disposiciones legales, citadas anteriormente, que regulan dicha acción, relativas a su coordinación con la actuación disciplinaria que deba adelantarse contra el funcionario responsable.

Si la propia ley, para los eventos en que la acción popular tenga como finalidad garantizar la violación a la *moralidad administrativa*, introdujo disposiciones tendientes a coordinar dicha acción con la acción *disciplinaria* es porque ella consideró que la calificación de *inmoral* no podía otorgarse simplemente a la conducta de un funcionario que desconozca una disposición legal. El desconocimiento de la disposición legal, para que pueda considerarse como atentatorio de la moralidad administrativa o para que pueda calificarse como *falta disciplinaria*, debe estar acompañado de un grado de *culpabilidad*. Debe tener el propósito de causar daño, de obtener ventajas indebidas para el funcionario o para un tercero, y, en general, de finalidades que no corresponden a las que deben guiar el ejercicio de la función pública.

- f. En la sentencia del 21 de mayo de 2008,⁶ la Sección Tercera del Consejo de Estado precisó el concepto de *moralidad administrativa* con el objeto de rechazar la posibilidad de que ésta pueda ser deducida en forma *extra jurídica*, de modo que el juez considere que dentro de dicho concepto puede incluirse aquello que él mismo –sin estar atado a ningún parámetro jurídico– considere como incorrecto o bueno, para las instituciones públicas y sus funcionarios.

La posición jurisprudencial que se precisa fue expuesta en el fallo del 30 de agosto de 2007,⁷ y la síntesis de lo que se podría denominar como las fuentes dentro de las cuales puede deducirse el atentado a la moral administrativa (de las cuales la nueva posición excluye la última), es la siguiente:

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del veintiuno (21) de mayo de dos mil ocho (2008). Radicación número AP-01415. Ponente: Ramiro Saavedra Becerra.

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del treinta (30) de agosto de dos mil siete (2007). Radicación número 88001-23-31-000-2004-00009-01 (AP). Ponente: Enrique Gil Botero.

En síntesis, hoy en día es posible desentrañar la moral administrativa en varios lugares, unos más comunes que otros, unos más complejos que otros, unos más grandes que otros:

- i) Al interior de la norma positiva –la Constitución, la ley, los reglamentos, y en general, cualquier norma del ordenamiento jurídico que desarrolle un precepto moral–, lugar en el cual, comúnmente, buscan los abogados la moralidad pública;*
 - ii) En los principios generales del derecho y en los concretos de una materia, los cuales mandan, desde una norma, actuar de un modo determinado, aunque menos concreto que el común de las normas positivas. Esta fuente de la moralidad administrativa es menos precisa, pero no por ello menos concreta en sus mandatos. Admite, por esta misma circunstancia, un alto nivel de valoración, pero sin tolerar el capricho. Finalmente,*
 - iii) La moral administrativa también se halla por fuera de las normas, pero dentro del comportamiento que la sociedad califica como correcto y bueno para las instituciones públicas y sus funcionarios, en relación con la administración del Estado. Esta fuente de la moral administrativa exige del juez mayor actividad judicial, pero con ayuda de la razón y del sentido común ético puede calificar los distintos comportamientos administrativos a la luz de la moral exigible de quien administra la cosa pública. Este lugar, más abstracto aún que el anterior, exige una ponderación superior, en manos del juez, de la conducta administrativa, a la luz de la ética pública.*
- g. El propósito de la precisión jurisprudencial hecha en la providencia del 21 de mayo de 2008 (la cual se cita en el numeral f) fue *recoger* la tercera *fuentes* o *fundamento*, con base en el cual el juez tiene competencia para intervenir en estas acciones. Y, lo que es fundamental destacar, es que para configurar el atentado a la *moralidad administrativa* ya no sólo se exige la *violación de una norma* junto con aquel *adicional* relativo al propósito que debe acompañar al funcionario que incurre en ella.

En este fallo el Consejo de Estado estima que una conducta puede calificarse de inmoral no sólo cuando viola una disposición legal, sino también cuando esa conducta desconoce los principios o valores que informan el ordenamiento jurídico y particularmente la Constitución Política.

En una primera aproximación a este punto, se puede considerar que se califican como inmorales tanto las conductas de los servidores públicos que violan una norma legal específica y que reflejan propósitos particulares alejados de los institucionales que le corresponde perseguir al servidor, como aquellas que, no estando expresamente prohibidas por el ordenamiento jurídico, aparecen como contrarias a los *principios que surgen de las normas* que conforman el ordenamiento jurídico y que evidencian también el inadecuado fin de perseguir propósitos particulares.

Se violará la *moralidad administrativa* cuando la conducta del servidor público, que estimamos reprochable por perseguir propósitos distintos de los que institucionalmente deben guiarlo: cuando la conducta sea violatoria de una norma legal, y cuando sea violatoria de los valores o principios que informan la expedición de las normas legales y que forman parte, como fundamentos, del ordenamiento jurídico.

De este modo, se expulsa la posibilidad de fundar la *moralidad administrativa* en consideraciones meramente subjetivas sobre lo que es correcto o bueno, pero se permite deducirla de la violación de los principios que informan el ordenamiento jurídico, estableciendo el puente entre la *moralidad* y la *juridicidad* que aparentemente se había perdido en la sentencia del 30 de agosto de 2007 (nombrada en el aparte f).

- h. Los esfuerzos de la jurisprudencia son de gran utilidad para *superar* la absurda integración de la *moral* como parámetro de las decisiones judiciales. Es imposible que aspiremos a encontrar un desarrollo infalible y totalmente *coherente*, cuando partimos de una proposición absurda como es la de otorgar competencia a los jueces para que fundamenten sus decisiones no en el derecho, sino en la *moral*.

No puede presentarse una solución en la cual no se corra el riesgo de llegar a dos extremos:

- i) Considerar que el juez puede determinar subjetivamente lo que considera como *moral* y decidir con base en ello. Aquí se está ante una discrecionalidad sin límites, es decir, expuestos a la total arbitrariedad del juzgador. Sobre todo, se está expuesto al riesgo de que, por proteger un derecho colectivo, se violen otros derechos, algunas veces colectivos, otras veces fundamentales y a veces subjetivos.
- ii) Considerar que lo único inmoral es aquello que, además de ser ilegal es reprochable, con lo cual se estaría dejando sin sentido hablar de *moralidad* como categoría autónoma que permite la intervención del juez a través de la *acción popular*.

4. El papel del juez en la acción popular

- a. Algunos conceptos de *naturaleza procesal* podrían resultar útiles para precisar la función del juez en las acciones populares, que tienen por objeto la defensa de la *moralidad administrativa* y, particularmente, para que a través de ella se logren resultados *más satisfactorios* de los que hasta ahora se han podido observar.

En la acción popular un *ciudadano* acude al juez para solicitarle la *garantía* de un *derecho colectivo* vulnerado, señalando cuál es la persona que está incurriendo en tal vulneración. El actor popular no es el demandante porque no está pretendiendo nada para él, ni está solicitando que se *declare* la existencia de ningún derecho a su favor. Está exigiendo al juez que tome las medidas necesarias para garantizar un derecho colectivo que se ha violado.

La persona citada como *vulnerador del derecho* no es el demandado: no se pide imponerle una declaración a favor del demandante, se le exige cumplir las obligaciones necesarias para garantizar la vigencia de un *derecho colectivo*; es posible que el juez decida que él no es el responsable de la vulneración y convoque entonces oficiosamente a quien es realmente el responsable.

El juez en estos casos no tiene como función *dirimir* un conflicto entre ambos, tiene que garantizarle a la *comunidad* el derecho colectivo

que, de acuerdo con la manifestación del *actor popular* (del cual la ley denomina petición o demanda) está siendo vulnerado. Para tal fin, cuenta con las facultades para tomar las disposiciones que él considere necesarias para garantizar la vigencia del derecho colectivo vulnerado de forma inmediata, a través de medidas cautelares o de manera definitiva en la sentencia.

- b. En esta dirección, lo primero que resultaría muy útil para contextualizar las funciones del juez, como garante del derecho colectivo a la *moralidad administrativa*, sería la exigencia del desarrollo adecuado de la *audiencia de pacto de cumplimiento*, que es algo muy distinto a la *audiencia de conciliación* entre dos partes

Así las cosas:

- i) En esta audiencia, en la que el juez debe conocer las posiciones del actor popular, del presunto violador del derecho, de la entidad encargada de protegerlo y de la Procuraduría, el juez debe “escuchar las diversas posiciones sobre la acción instaurada”.
- ii) Tratándose de una acción popular fundada en la moralidad administrativa el juez debe partir de la consideración de las *posiciones* de los intervinientes.

En la acción popular el juez debe saber por qué el actor popular estima que determinada conducta atenta contra la *moralidad administrativa*, y debe conocer las razones por las cuales el supuesto vulnerador de este derecho considera que no está incurriendo en la violación de tal derecho. La discusión o el método *dialéctico* son herramientas que le permitirán al juez determinar si en realidad se presenta la vulneración a la *moralidad administrativa*, y saber cuáles son las medidas adecuadas para proteger los derechos.

Por ello, en realidad el método seguido por los jueces no consiste tanto en deducir y demostrar a la manera de los sabios, sino fundamentalmente a deliberar por los caminos flexibles y cambiantes de la dialéctica.

(...) Por lo anterior, al lado de la lógica formal, se admite hoy la existencia de una lógica de persuasión o lógica no formal consagrada al estudio de la argumentación; esto es, al conjunto de razonamientos que vienen a apoyar o a combatir una tesis y que permiten criticar o justificar una decisión.

Esta es la denominada lógica dialéctica o nueva retórica, definida como “el arte de conducir bien a la razón en el conocimiento de las cosas, tanto para instruirse uno mismo como para instruir a los otros.

Gracias a ella el juez, invitado a evadirse del mundo cerrado de las normas, va a poder librarse a operaciones de ajustamiento a los hechos cambiantes que debe tratar de regir y a las aspiraciones diversas que deben tratar de ser satisfechas, preservando de este modo la aplicación del derecho de un dogmatismo, de un rigorismo o de un automatismo que no se acomoda a la complejidad de lo real y a la flexibilidad de la vida.

De acuerdo con la definición de Cicerón “argumento es una razón que hace creer en una cosa sobre la cual dudábamos”. Y la argumentación tiende a ordenar los diversos argumentos, a apreciar su fuerza o su debilidad; la conclusión se deduce del peso de su respectivo valor.

(...) En la vida judicial ordinaria, la dialéctica tiene las mejores posibilidades de objetividad en razón del cuadro en el cual ella se forma y se desarrolla. Es un error imaginar que la sentencia se elabora en el silencio de la oficina del juez, obrando como un sabio en un laboratorio. La obra de la justicia no podría reducirse a un trabajo intelectual solitario al cual concurren diversos tipos de razonamiento.

La sentencia es el fruto de un diálogo no solamente del alma del juez con ella misma, sino de los diversos actores del debate judicial: las partes, sus abogados, los jueces mismos, el representante del Ministerio Público; y de cierta manera es su obra común, es el resultado de la dialéctica en tanto que fija las reglas de el “pensamiento dialogado”, en los términos de Aristóteles.

De acuerdo con lo expuesto por Michel Villey: “La búsqueda del derecho se hace entre varios. Ella exige al menos la presencia de dos partes y del juez: ella tiene por materia problemas, es decir, la confrontación de

*opiniones contradictorias. El arte del derecho es polifónico y querer no aplicar al derecho, sino la sola lógica monofónica hecha por un matemático es como querer tocar una sinfonía con un solo instrumento.*⁸

No se trata, en estricto sentido, de *aplicar una norma jurídica*. Se trata de determinar, luego de escuchar las posiciones de las partes, si el derecho colectivo está siendo en realidad vulnerado y de intentar adoptar, de ser posible en la misma audiencia, las medidas necesarias para garantizarlo. Aquí me atrevemo a indicar que el *pacto de cumplimiento* que puede ser propuesto por el juez no puede estar sujeto al *consentimiento* del actor popular. Si el presunto violador del *derecho a la moralidad administrativa* acepta adoptar determinada conducta que, en el criterio del juez garantiza este derecho, la falta de consentimiento del *actor popular* no debe impedir su aprobación y la consecuen- cial terminación de la acción.

- c. Para terminar, creo que resultaría muy útil tener en cuenta que la ley le confiere facultades al juez de la acción popular para imponer una *orden de hacer o de no hacer*, lo cual implica la posibilidad de adoptar determinaciones distintas a aquellas que puede tomar en las acciones ordinarias.

En los eventos en los cuales están involucrados actos administrativos o contratos, que infortunadamente han desgastado el esfuerzo de la jurisprudencia, parece que los jueces desconocen esas facultades. No recuerdan que dichas facultades les permite adoptar medidas distintas a las de *anular* un acto o un contrato, y que tales medidas pueden, en forma definitiva y eficaz, garantizar un derecho colectivo.

5. Bibliografía

Código Contencioso Administrativo. Decreto 01 de 1984.

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 16 de marzo de 2006. Exp. No. AP-130012331000200300239-01. Ponente: Ruth Stella Correa P.

⁸ Schroeder, Francois-Michel. *La nouveau style judiciaire*. Dalloz 1978, pp.159-165.

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 22 de agosto de 2007. Radicación AP-0228. Ponente, Ramiro Saavedra Becerra.

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 21 de mayo de 2008. Radicación número AP-01415. Ponente: Ramiro Saavedra Becerra.

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 30 de agosto de 2007. Radicación número 88001-23-31-000-2004-00009-01 (AP). Ponente: Enrique Gil Botero.

Constitución Política de 1991.

Kaufman, Arthur. *Filosofía del Derecho*. 2008.

Ley 472 de 1998.

Santofimio, Jaime Orlando. *Acto Administrativo*. Bogotá: Editorial de la Universidad Externado de Colombia, 2008.

Schroeder, Francois-Michel. *La nouveau style judiciaire*. Dalloz, 1978.

Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sentencia del 3 de febrero de 2004. Exp. No. 02-2704. Ponente: Hugo Bastidas B.

Capítulo 3
Aportes desde el ministerio público

I. Ponencia sobre la importancia de los incentivos para las acciones populares

Ignacio Andrés Bohórquez*

En materia de acciones populares ¿para qué los incentivos? La respuesta obvia sería: para incitar a las personas hacia el uso de esa acción, para motivar precisamente a los actores populares. Pese a lo evidente de la respuesta, en la práctica lo que encontramos es que en la mayoría, de los casos, amplios sectores de la judicatura y, sobre todo, muchos sectores políticos en vez de estimular el uso de las acciones populares quisieran desmotivar a los accionantes para que se abstengan de intentarlo más adelante, lo cual se evidencia en la práctica judicial cotidiana y en los proyectos de ley que han cursado para eliminar los incentivos.

Fijémonos por ejemplo cómo en las noticias, cuando a nivel periodístico se cuenta algún suceso donde por fin la administración cesa en una omisión y satisface las necesidades de la comunidad con ocasión de alguna acción popular, lo máximo que se comenta al respecto es que el Consejo de Estado ordenó, o que el Tribunal de Cali dispuso, pero no se cuenta que fue con ocasión de una acción popular. Esto obedece a que los dueños del poder no son partidarios de ese mecanismo, o a que aún existe mucha ignorancia sobre el tema y por ende se requieren incentivos notorios para masificar esta figura. Con este mecanismo se pueden lograr no sólo mega obras, sino soluciones sencillas que generan un inmenso bienestar a las comunidades cuando se contrarrestan las carencias sensibles, sobre todo para los sectores más vulnerables de la sociedad (barandas de puentes, servicios públicos en lugares marginales, reubicación de comunidades con un nivel alto de riesgo, eliminación de obstáculos para la

* Defensor Público, Regional Santander.

movilidad, etc.). Pero no, a las acciones populares no se les da trascendencia mediática, ya que sus detractores corren el riesgo de que verdaderamente se incentive su uso, más aún si la gente se entera de los beneficios incluso personales que pueden lograrse cuando prospera la acción.

Antes de la acción popular regulada por la Ley 472 de 1998, en la práctica judicial ¿qué tan comunes eran las acciones populares? (del 1005 C.C. por ejemplo), ¿cuántas acciones populares conocía un juzgado por año y por década? Quizás la respuesta generalizada sea: ¡ninguna! Ese desuso del mecanismo en buena medida se debe a que el incentivo previsto para ellas no era atractivo, pues, aunque existía, partía de unas bases que lo hacían poco funcional y que entonces, en conclusión, a las acciones populares se acudiera casi exclusivamente cuando entre los derechos vulnerados se encontraban los derechos propios, o los de alguien cercano al círculo personal del accionante, o los del cliente del abogado; pero difícilmente un ciudadano del común iba a poner en funcionamiento el aparato jurisdiccional simplemente para generarle mejores condiciones de vida a comunidades abstractas e impersonales, y no porque careciera de altruismo para velar por los intereses difusos, sino porque para hacerlo se requieren unos presupuestos que difícilmente concurren espontáneamente, por ejemplo, tener la intensión, el conocimiento, la disponibilidad de tiempo y los recursos para investigar y obtener algunas pruebas, redactar debidamente el memorial, obtener información sobre la pasiva y los antecedentes del caso, radicar la demanda, hacerle seguimiento a la admisión, notificación, contestación, fijación y celebración de la audiencia, la práctica probatoria, etc. Y lo que es más difícil de todo esto es lograr eficazmente que la demanda prospere, sobre todo si ha de enfrentarse con un demandado poderoso, ya sea en términos económicos, intelectuales o políticos.

Esto no implica que el incentivo sea de aceptación obligatoria, pues se trata de un beneficio renunciabile, o que en el mejor de los casos (por voluntad propia o por ser el actor una entidad pública) puede cederse a la Defensoría del Pueblo para el respectivo Fondo. En cualquiera de los casos hay que tener claro que no, porque se busque obtener un incentivo, se pierde el sentido altruista de la acción, pues el incentivo es apenas una manera legítima que encontró el propio Estado para hacer atractivo el uso de las acciones populares que en sí mismas llevan implícita la búsqueda del beneficio colectivo.

La tarea de acometer una acción popular exitosa no es fácil, cuesta gran esfuerzo, dedicación, desgaste, riesgos y todo eso se puede traducir en dinero; también se habla de dinero cuando se ve el tiempo que se debe dedicar a la preparación y desarrollo procesal de una buena acción popular. Ese tiempo hay que restarlo al que ordinariamente se emplearía en procurar los medios de subsistencia para sí mismo y para sus dependientes, además de los costos elementales para la obtención de pruebas mínimas: certificados, fotografías, correos, mensajería, papelería, entrevistas con potenciales testigos, transporte, etc. Adicionalmente, cuando se emprende un trabajo como lo es la lucha por la protección de los derechos colectivos y en general cualquier trabajo que se quiera exitoso, debe obrarse con suficiente pasión para no desfallecer luego del primer esfuerzo, dado que el camino es largo y complejo, de tal modo que debe sumarse al proceso un esfuerzo emocional que también desgasta.

Pues bien, todo ese trabajo debe retribuirse, debe existir algún incentivo tangible y suficiente para que ese desgaste de los recursos propios, tanto materiales como emocionales, resulte atractivo más allá aún de la satisfacción personal por el logro de lo propuesto y el bienestar general. Hay que recalcar que en buena medida ese ciudadano está cumpliendo una función pública, está llenando vacíos que deja el Estado en la comunidad o está logrando que el Estado funcione como debería, sacrificando sus propios medios para el bienestar de una colectividad abstracta y difusa, lo cual, si no se premia implicaría un desequilibrio en las cargas públicas, pues si es la colectividad la que se beneficia ¿por qué ha de ser un particular, ajeno a la causa del problema quien solitariamente 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 serían tan pocos que volvería a quedar en desuso la acción popular y ¿quién perdería?: la colectividad.

Sin embargo, si mantenemos ese incentivo muchas personas van a seguir usando el mecanismo, pero incluso puede ser usado muchas veces por las mismas personas y así la acción popular se va a convertir en un negocio donde solamente se busca el incentivo, y entonces ahí el incentivo es censurable... ¡Pues no! No por eso el incentivo debe ser censurado, pues debemos tener siempre a la vista la premisa consistente de que el incentivo no se obtiene por haber demandado indiscriminadamente, sino por haber logrado una sentencia en que

se protejan los derechos colectivos, lo cual significa que efectivamente ellos estaban siendo vulnerados por parte del demandado y que gracias a la labor del actor han sido restablecidos sus derechos. De tal modo, quien gana realmente es la sociedad, siendo este un fin del Estado, y quien logra que el Estado funcione y alcance sus fines merece ser premiado e incentivado a seguir haciéndolo.

Cuando ante cierta problemática social el Estado permanece inerte, el actor popular debe despertarlo y ponerlo a funcionar, debe encender la maquinaria jurisdiccional para hacer que la administración funcione debidamente cuando no lo está haciendo; porque si se observa bien, siempre que se esté vulnerando un derecho colectivo estaremos frente a una omisión administrativa, aunque el vulnerador directo eventualmente sea un particular, pues es el Estado con su omisión el que lo está permitiendo. Esa tarea de activar eficazmente la máquina para que se beneficie la colectividad merece premios y ser incentivada.

Además, si el incentivo hace que personas determinadas acudan a la acción popular de modo recurrente, por un lado está cumpliendo con su función, y por otro, garantiza que los actores obtengan victorias logrando la protección de los derechos colectivos. Eso los incentiva y les enseña que vale la pena esforzarse por la colectividad, en tanto que se le hace bien a la sociedad, y a su vez obtienen beneficios personales concretos, pues no hay que perder de vista que si han de prosperar sus pretensiones en lo económico será porque efectivamente han logrado prosperidad para sus pretensiones en lo colectivo, y esto significa que están haciendo bien su trabajo, de lo contrario no lograrían ningún incentivo, incluso, si obraran temerariamente serían multadas y condenados en costas. Entonces, ¿por qué censurar a quienes benefician a la sociedad?

Mirando el tema de otro lado, si el ejercicio de las acciones populares de alguna forma se profesionaliza, sin que ello impida que cualquiera pueda ejercerlas, los procesos van a ser no sólo eficaces sino eficientes, el desgaste del aparato judicial será menor y la probabilidad de éxito en la protección de los derechos colectivos aumentaría. Si se ve al contrario, si eliminamos el incentivo y dejamos la acción popular sólo para ser ejercida por quien cuente con medios suficientes, como para dedicarse *ad honorem* a luchar por la justicia y el bien común, y a pelear contra leviatanes y molinos de viento, el mecanismo se mudaría al cementerio de normas y si no se convierte en letra muerta al menos

dormitaría por largos períodos estériles, de la misma forma que ocurría con la acción popular antes de la Ley 472 de 1998.

Nuestra sociedad, gracias a la acción popular, está siendo cada vez más civilizada, entendiendo esto como más respetuosa del ordenamiento; esto va calando en nuestra cultura y los resultados son visibles en las ciudades donde, como efecto de los incentivos, se han logrado procesos, por ejemplo, para el mejoramiento y el cuidado del espacio público, el acceso a los servicios públicos, la protección del medio ambiente, la movilidad, etc. No obstante, los incentivos requieren de una regulación especial para su dosimetría, en consideración con aspectos como el eventual pacto de cumplimiento, el nivel de intervención del actor en el proceso, el impacto social de la sentencia obtenida, entre otros. Pero, en general los incentivos deben subsistir, pues son los que mantienen la acción popular viva; si se llegasen a quitar se rompería una importante vértebra y todos perderíamos.

Jurisprudencialmente se ha reconocido que el incentivo anima al actor a hacerle frente a una contraparte que, en muchas oportunidades es económicamente poderosa, dispondrá de todos los recursos necesarios para enfrentar la relación procesal; es un reconocimiento a la labor diligente que realiza el actor en defensa de los derechos colectivos; es un premio para quien se arriesga a asumir los costos de un proceso que redundará en beneficios para toda la comunidad.

Finalmente, con ánimo de exaltar a las acciones populares y sus incentivos, acudo a la bella presentación que hizo la Corte Constitucional al pronunciarse sobre la exequibilidad de los incentivos previstos en los artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998 (Sentencia C-459 de 2004, MP. Jaime Araujo Rentería), de la cual resalto lo siguiente:

... teniendo la solidaridad tantos 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.

(...)

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. 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 campeon cual coordenadas rectoras de las instituciones del Estado y de las relaciones entre los particulares y las autoridades públicas. Es decir, respetando el pensamiento que cada cual pueda tener sobre la forma de hacer efectivo su deber de solidaridad, el Congreso prevé un estímulo que resulta válido frente a la efectiva defensa de los derechos e intereses colectivos, el cual resulta proporcionado al tenor de los topes limitativos del monto del incentivo a decretar judicialmente. De suerte tal que, 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 colectivos.

II. El mecanismo de revisión eventual en las acciones populares y de grupo frente a los principios de igualdad, seguridad jurídica y confianza legítima

Mauricio Narváez*

Con la vigencia de la Constitución Política de 1991 se le dio categoría constitucional a las acciones populares y de grupo. Debido a esta normativa constitucional y con el propósito de cumplir con el mandato de la norma se hizo urgente la reglamentación y el desarrollo del artículo 88 de la Constitución. Por tal razón, en 1998 se expidió la Ley 472, mediante la cual se reguló lo relativo a las mencionadas acciones, la competencia para su definición y el procedimiento aplicable, entre otras materias relacionadas con el tema.

Frente a la inexistencia de jueces unipersonales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con la entrada en vigencia la Ley 472 de 1998, las acciones que eran de conocimiento de la mencionada jurisdicción se tramitaban, en primera instancia, ante los tribunales administrativos y, en segunda, ante el Consejo de Estado, siendo éste una corporación que tiene competencia nacional y que ejerce como órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por lo tanto, sus pronunciamientos, en principio, apuntan a sistematizar la naciente jurisprudencia, la cual serviría de pauta a los tribunales administrativos de todo el país.

Esta competencia transitoria, recogida en el artículo 16 de la Ley 42 de 1998, variaría con la entrada en funcionamiento de los jueces administrativos, los cuales fueron creados por el legislador desde la Ley 270 de 1996 o Ley Es-

* Abogado asesor de la Defensoría del Pueblo.

tatutaria de Administración de Justicia, siendo también ratificados, entre otras, a través de las leyes 446 de 1998 y 954 de 2005. Estos jueces administrativos fueron creados a imagen y semejanza de los jueces de circuito de la jurisdicción ordinaria, con los cuales se logró llevar la justicia contenciosa a más lugares del territorio nacional, haciendo presencia institucional y facilitando el acceso a la administración de justicia. No obstante, para esto tuvo que mediar una decisión judicial del Consejo de Estado, del 18 de julio de 2002, que ordenó el cumplimiento de la mencionada ley, y después de varios años de discusiones con el Ministerio de Hacienda, sobre el monto de los recursos necesarios para ese cometido, a partir del 1 de agosto de 2006, se establecieron 257 jueces administrativos.

A pesar de que en la actualidad el Consejo de Estado tiene la competencia, como juez popular de segunda instancia, para conocer acciones populares y de grupo, cuyas demandas fueron interpuestas con anterioridad a la fecha en que entraron en operación los jueces administrativos, lo cierto es que paulatinamente la jurisprudencia en materia de acciones populares y de grupo quedará regionalizada en manos de los tribunales administrativos del todo el país, con la consecuente falta de uniformidad y adoptando fallos contradictorios al interior de la jurisdicción contenciosa.

Desafortunadamente, en la Ley 472 de 1998 no se previó esta situación, y sin lugar a dudas, la terminación de la competencia transitoria del Consejo de Estado crea un enorme vacío. Frente a ello, el gobierno nacional, liderado por el Ministerio del Interior y de Justicia, radicó un proyecto de ley que tiene como principal objetivo superar la actual congestión judicial y aumentar la eficiencia de la actividad judicial a través de la adopción de diversas medidas, entre ellas, la consagración de un mecanismo de revisión eventual en acciones populares y de grupo.

El mencionado proyecto de ley, 023 de 2006 Senado y 286 de 2007 Cámara, “por la cual se reforma la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia” ya cumplió su trámite en el Congreso y actualmente se encuentra pendiente de agotar la revisión previa de constitucionalidad propia de las leyes estatutarias, con el proferimiento de la totalidad del texto de la sentencia; pues únicamente se conoce el comunicado de prensa No. 31, en el que se consagra

las decisiones de exequibilidad e inexequibilidad de algunos apartes de la ley y se condiciona otros.

En efecto, el inciso primero del artículo 36A del citado proyecto de ley, ajustado con la decisión de la Corte Constitucional, dice:

Artículo 36A. - Del mecanismo de revisión eventual en las acciones populares y de grupo y de la regulación de los recursos extraordinarios. En su condición de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, a petición de parte o del Ministerio Público, el Consejo de Estado, a través de sus Secciones, en los asuntos que correspondan a las acciones populares o de grupo podrá seleccionar, para su eventual revisión, las sentencias o las demás providencias que determinen la finalización o el archivo del respectivo proceso, proferidas por los tribunales administrativos, con el fin de unificar la jurisprudencia.

A nuestro criterio, la intención de consagrar un instrumento de “revisión eventual” en materia de acciones populares y de grupo, que apunta a la consolidación de la jurisprudencia, en cabeza de la corporación que representa el cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativa, constituye un aporte positivo en la realización del principio de la igualdad material en la aplicación de la ley, la seguridad jurídica y la confianza de los individuos en la previsibilidad de las decisiones judiciales. Además de darle un límite al principio de autonomía e independencia judicial.

1. Principio de igualdad y el límite del principio de la autonomía judicial

La igualdad jurídica consiste en tratar a lo igual de una misma manera, y la igualdad que se muestra en el entorno judicial exige fallar casos iguales. El principio de igualdad como argumento es usado por la Corte Constitucional para establecer el *carácter vinculante* de su jurisprudencia en sentencias de revisión de fallos de tutela. De esta manera, un juez inferior que conoce de una acción de tutela está vinculado a la jurisprudencia sentada por la Corte, en sentencias de revisión de fallos de tutela. Así, el juez inferior, en aplicación al principio de igualdad (artículo 13 C.P.), está obligado a la jurisprudencia dictada por la Corte

Constitucional, en razón de que la ley debe ser interpretada en igual forma frente a casos iguales, incluso sin perjuicio de poder separarse de ésta en caso de que el operador jurídico justifique y suministre argumentos razonables que sirvan para demostrar la inaplicabilidad al caso *sub examine* de la jurisprudencia a la cual estaba vinculado.

Esta doctrina ha sido reiterada por la Corte, en sentencias como SU-400 de 1997,¹ al establecer que: “[l]a función de revisar eventualmente los fallos de tutela no tendría sentido si ello únicamente tuviera por objeto resolver la circunstancia particular del caso examinado, sin que el análisis jurídico constitucional repercutiera, con efectos unificadores e integradores y algún poder vinculante, al quehacer futuro de los jueces”.

Y para abundar en argumentos, me permito citar, con igual sentido, el pronunciamiento de la Corte Constitucional, que en Sentencia T-266 de 1993² manifestó que:

El derecho a la igualdad ante la ley abarca dos hipótesis claramente distinguibles: la igualdad en la ley y la igualdad en la aplicación de la ley, admitiendo sobre esta última que vincula a los jueces y obliga a aplicar las normas de manera uniforme a todos aquellos que se encuentren en la misma situación, lo que excluye que un mismo órgano judicial modifique arbitrariamente el sentido de una decisión suya anterior [...] En este orden de ideas, un órgano judicial no puede otorgar diferentes consecuencias jurídicas o dos o más situaciones de hecho igual, sin que exista una justificación razonable para el cambio de criterio.

De otra parte, el principio de autonomía judicial establece la libertad que tiene el juez para interpretar las normas jurídicas y estar sometido, por virtud del artículo 230 de la Constitución, al imperio de la ley; por lo tanto es libre de actuar conforme a su criterio sin tener en cuenta la jurisprudencia, sino sólo como criterio auxiliar de la actividad judicial (segundo inciso, artículo 230 C.P.). Es por este motivo que la Corte Constitucional ha armonizado el principio de

¹ MP. José Gregorio Hernández.

² MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

igualdad con el de autonomía judicial, en la medida en que los jueces motiven debidamente sus decisiones, por lo que la Corte, en la sentencia T-009 de 2000⁵ sostiene que: “[l]as sentencias de revisión de tutela, proferidas en ejercicio del poder de unificación que la Carta le confiere a la Corte Constitucional, los jueces –incluyendo a la propia corte–, que, en uso de su autonomía funcional, encuentren pertinente apartarse de la doctrina fijada, deben argumentar y justificar debidamente su posición”.

Por todo lo anterior, es importante que exista un órgano judicial que realice la revisión eventual de las decisiones en materia de acciones populares y de grupo, con el objeto de unificar la jurisprudencia. Esto sirve para que los jueces inferiores puedan aplicar una solución a un problema jurídico que presente iguales circunstancias y hechos relevantes al tratado en una sentencia de revisión, al principio de igualdad, pero sin limitar la autonomía de los jueces, quienes podrán apartarse de la jurisprudencia sentada siempre y cuando justifiquen de manera razonada dicha decisión.

2. Principio de la seguridad jurídica

La seguridad jurídica es un valor jurídico implícito en nuestro orden constitucional y legal vigente, en virtud del cual el Estado provee a los individuos del conocimiento de las conductas que son permitidas, y dentro de las cuales las personas pueden actuar. Si no existiera este principio en una sociedad las personas no podrían establecer un conocimiento certero de las actuaciones permitidas. Puesto que al interpretarse y aplicarse el texto de la ley, de forma distinta y arbitraria, “se impediría el libre actuar de las personas, pues al actuar se encontrarían bajo la contingencia de estar contradiciendo una de las posibles interpretaciones de la ley”. (Sentencia C-836 de 2001, MP. Rodrigo Escobar Gil)

En otro de sus pronunciamientos, la Corte Constitucional, para explicar la teoría del respeto por el precedente constitucional por parte de todos los jueces, se refirió al principio de la seguridad jurídica cuando señaló en la sentencia SU-047 de 1999 que:

⁵ MP. Eduardo Cifuentes.

Todo tribunal, y en especial el juez constitucional, debe ser consistente con sus decisiones previas [...] Por elementales consideraciones de seguridad jurídica y de coherencia del sistema jurídico, pues las normas, si se quiere que gobiernen la conducta de los seres humanos, deben tener un significado estable, por lo cual las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles [...] Esta seguridad jurídica es básica para proteger la libertad ciudadana y permitir el desarrollo económico, ya que una caprichosa variación de los criterios de interpretación pone en riesgo la libertad individual, así como la estabilidad de los contratos y de las transacciones económicas, pues las personas quedan sometidas a los cambiantes criterios de los jueces, con lo cual difícilmente pueden programar de forma autónoma sus actividades.

En virtud del principio de la seguridad jurídica, la revisión eventual de las acciones populares y de grupo creará certeza y previsibilidad en las decisiones judiciales, pues un órgano único determinará a nivel nacional los criterios judiciales en la interpretación y aplicación de las normas, precisando el alcance de los derechos, trazando pautas acerca de la procedencia y desarrollo de los mecanismos de protección y efectividad de los mismos, y estableciendo la doctrina constitucional.

3. Principio de la confianza legítima

El principio de la confianza legítima tiene como fin proteger al administrado y a los ciudadanos de los cambios efectuados por las autoridades de manera arbitraria e imprevista. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reconocido el valor de este principio, el cual se deriva de la seguridad jurídica y la buena fe, cuando señala que: “[e]ste principio puede proteger al administrado y al ciudadano frente a cambios bruscos e intempestivos efectuados por las autoridades (...) Si la persona tiene razones objetivas para confiar en la durabilidad de la regulación, y el cambio súbito de la misma altera de manera sensible su situación, entonces el principio de la confianza legítima la protege”.⁴

⁴ Sentencia C-478 de 1998, MP. Alejandro Martínez Caballero.

La Corte también ha dicho que este principio otorga confianza a los individuos por la forma como los jueces interpretan y aplican las normas, y por lo tanto proyecta sus comportamientos con base en estas interpretaciones. En la sentencia C-836 de 2001⁵ se expresa que: “[e]sta confianza no se garantiza con la sola publicidad del texto de la ley, ni se agota en la simple adscripción nominal del principio de legalidad. Comprende además la protección a las expectativas legítimas de las personas de que la interpretación y aplicación de la ley, por parte de los jueces, va a ser razonable, consistente y uniforme”.

Cuando el Consejo de Estado se pronuncie, con motivo de la revisión eventual de una acción popular o de grupo, acerca de que se debe unificar la jurisprudencia y obrar como cabeza de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, sus decisiones tendrán un alcance mayor a las que adoptan los jueces populares de instancia; pues con esto no estará resolviendo solamente un problema jurídico en concreto, sino que también estará construyendo una doctrina coherente y estable, sin perjuicio de que la misma sea evolutiva y dinámica, que servirá de pauta para el comportamiento de los administrados y de decisión en los jueces, lo cual, sin duda, constituye la base de confianza legítima.

⁵ MP. Rodrigo Escobar Gil.

Anexos
Relatorías

I. Balance del ministerio público en torno a la Ley de Acciones Populares y de Grupo

En esta sección se presentan las relatorías de las intervenciones de la Defensoría del Pueblo y de la Procuraduría General de la Nación. Adicionalmente, se exponen dos intervenciones de asesores de la Defensoría del Pueblo, la primera sobre la importancia de los incentivos para las acciones populares, y la segunda sobre la novedad establecida en proyecto de ley 023 de 2006 Senado y el 286 de 2007 Cámara.

1. Ponencia: *¿Cuál ha sido el papel de la Defensoría del Pueblo en torno a la ley de acciones populares y de grupo?*

Ponente: Eduardo Realpe-Chamorro*

Relatora: Andrea Paola Aguilar

El doctor Eduardo Realpe comienza su ponencia señalando los tres aspectos esenciales de la práctica de la Defensoría del Pueblo en relación con las acciones colectivas:

1. El ejercicio del litigio defensorial y el papel que tiene la Defensoría del Pueblo en el ejercicio de las acciones colectivas.
2. El Registro de las Acciones Populares y de Grupo, el cual ha sido un asunto operativo de enorme importancia para dinamizar la garantía de los derechos colectivos, que la mayoría desconocen.
3. El Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, herramienta de enorme importancia que no ha sido muy bien utilizada, y que se considera ha sido desprendida.

* Director nacional de recursos y acciones judiciales de la Defensoría del Pueblo.

Comenzando con el litigio defensorial, el doctor Realpe destaca la importancia de la Ley 24 de 1992 que organizó a la Defensoría del Pueblo, otorgándole al Defensor del Pueblo la capacidad de interponer las acciones colectivas, bien sean las populares o las de grupo, el ejercicio de coadyuvancias, las impugnaciones, la asistencia a las audiencias de pacto de cumplimiento y a las audiencias de conciliación, la interposición de los incidentes de desacato cuando los fallos resultan no cumplidos conforme a las expectativas de los beneficiarios o al contenido de los fallos judiciales. Igualmente señala dos etapas importantes en relación con el ejercicio del litigio defensorial por parte de la Defensoría del Pueblo:

- a. Primera etapa, desde el año de su creación hasta aproximadamente el 2005 ó 2006, periodo en el que la dinámica del litigio resultaba muy proactiva.
- b. En la segunda etapa se ha venido disminuyendo sustancialmente el litigio desde la Defensoría del Pueblo Nacional y se han delegado labores a las oficinas regionales y seccionales.

El doctor Realpe señala que la situación que presenta la segunda etapa, aquella en la que ha venido disminuyendo la actividad proactiva del litigio en cabeza del Defensor del Pueblo, se ha sustituido por una asesoría experta a las comunidades que acuden a las oficinas de la Defensoría con problemas de vulneración o amenaza de derechos colectivos en el caso de las acciones populares, o, si se trata de una acción de grupo, para el resarcimiento de los perjuicios al daño causado.

Asimismo, destaca la magnitud de este subregistro de litigio, en la medida en que dicha asesoría no consiste sólo en un consejo y orientación elemental para el ciudadano, esa asesoría se convierte en la elaboración misma de la minuta y, casi, el acompañamiento a los interesados hasta el despacho judicial y allí consignar su acción correspondiente.

Esta realidad, que se ha venido desarrollando en los últimos 4 años, se busca solucionar por parte del Defensor del Pueblo –Volmar Pérez– con la reglamentación defensorial, que tiene por finalidad establecer parámetros claros. El doctor Realpe señala que, si bien esta reglamentación existía era un tanto

difusa, no habían parámetros claros para saber cuál podía ser la competencia o el poder de los defensores regionales, no se sabía cuál era el alcance de la relación contractual que existe entre los defensores públicos administrativos y su competencia para intervenir directamente en la acción litigiosa defensorial. Con la Resolución 638 del 11 de junio de 2008 se espera que se resuelva este vacío, y que vuelva el dinamismo litigioso a la Defensoría del Pueblo.

En lo relacionado con el **Registro Público de Acciones Populares**, el doctor Realpe menciona los siguientes aspectos esenciales:

En primera medida, resalta el artículo 80 de la Ley 472 de 1998: “La Defensoría del Pueblo organizará un registro público centralizado de las acciones populares y de grupo que se interpongan en el país”. Teniendo esto en cuenta, el registro es una base de datos, centralizada en la Defensoría del Pueblo, que sirve de consulta al conjunto de los ciudadanos, como una base que nutre de experiencia, jurisprudencia, derechos invocados y fallos, evitando de esta forma llegar a la improvisación en el litigio. Desde su implementación se han recibido aproximadamente 7.300 registros de los cuales el 98% corresponden a acciones populares, y el 2% restante son de acciones de grupo.

Es importante hacer notar que cualquier persona puede solicitar copias de las demandas y los fallos de su interés. Este servicio se puede encontrar en las defensorías regionales y seccionales, en la Dirección nacional de recursos y acciones judiciales, y en la página web.

Manifiesta que la Defensoría, consciente de la utilidad de este registro, ha diseñado un proyecto denominado Observatorio de las acciones populares y de grupo, el cual persigue la descentralización del registro, en la medida en que ese sistema de información le interesa a todas las regiones colombianas. Este Observatorio busca que el registro pueda ser centralizado por vía electrónica, por medio de una base de datos alimentada desde las regiones.

El objetivo general del Observatorio es promover la investigación, difusión y conocimiento de los mecanismos de protección de los derechos colectivos, fomentar el litigio defensorial, verificar el acatamiento de fallos judiciales y fortalecer el registro público de acciones populares y de grupo y el Fondo para la defensa de los derechos e intereses colectivos.

El doctor Realpe destaca algunos puntos centrales del observatorio:

- a. Utilidad del registro: el sistema educativo lo puede usar para el desarrollo de competencias ciudadanas.
- b. Del registro se pueden tomar puntos esenciales, de carácter sociológico, económico, industrial, político.
- c. El control social del registro es una herramienta extraordinaria, pues se conocen cuántas veces han sido amenazados los derechos, cuántas veces se ha acudido a la justicia para su protección, etc. Esto demuestra el comportamiento del litigio en esta materia.
- d. El registro regional alimentado por la propia región da una base para hacer seguimiento a políticas públicas.
- e. Se está descentralizando el registro para que desde la región se acuda a los despachos judiciales, ya que la insinuación/persuasión no ha sido suficiente.
- f. Del volumen total de las acciones que se han tramitado en el país, sólo el 8 ó 10% corresponden a los 7.300 registros. En Santander se ha demostrado que se tienen como mínimo 5.000 registros acumulados, de esta forma se pierde una información muy valiosa y útil, siendo muy importante la recolección de estos registros.

Por otro lado, el doctor Realpe resalta la existencia de un convenio de cooperación interinstitucional, que se traduce en un apoyo de Universidades, las cuales se encargarán de la consecución y clasificación de fallos ejecutoriados de acciones colectivas; brindarán apoyo en la conformación del Registro Público de Acciones; harán un análisis de jurisprudencia; verificarán el cumplimiento de los fallos protectores; constatarán el acatamiento de fallos judiciales con beneficiarios; seleccionarán fallos que contienen derechos, incentivos, multas y recompensas a favor del fondo; realizarán promoción, difusión y conocimiento de los derechos e intereses colectivos y sus mecanismos de protección; participarán en las barras temáticas facilitando la participación de estudiantes, tutores o docentes; entre muchas otras funciones que enriquecerán y fortalecerán el objetivo de la Defensoría.

En cuanto al último el tema, **Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos**, el doctor Realpe resalta que éste ha sido otra de las herramientas útiles que salieron de la Ley 472 de 1998, la cual, de la misma forma que ha sucedido con otros instrumentos, o se conoce muy poco o se utiliza muy mal.

Este Fondo, señala el ponente, se instituye para que las personas que no tengan suficiente capacidad económica y que soliciten amparo de pobreza, puedan requerir a la administración recursos para gastos procesales.

El Fondo se ha desarrollado positivamente, pues durante los 5 años de funcionamiento los recursos se han ido incrementando sustancialmente. Este Fondo se nutre de la actividad litigiosa, a través de los jueces, también se nutre de las multas que se imponen al no ejercer o hacer efectivas las sentencias. Hasta el momento no se ha recibido ningún tipo de ayuda de ningún ministerio en particular.

Para ahondar aún más en este tema puntual se puede decir que el Fondo obtiene sus recursos de:

- Apropiações del presupuesto.
- Incentivos, multas e indemnizaciones.
- Donaciones.
- Reembolsos del costo de las multas que imponga el juez.

Para finalizar, el doctor Realpe resalta las funciones del Fondo, las cuales son:

1. Promover la difusión y conocimiento de los derechos e intereses colectivos y sus mecanismos de protección.
2. Evaluar las solicitudes de financiación que les sean presentadas. Escoger las que a juicio del Fondo conviene respaldar económicamente. Los criterios que se estudian para este fin son: recurrencia del actor popular, situación económica de los miembros de la comunidad o del grupo, relevancia del bien jurídico amenazado, magnitud del daño, actuación del Ministerio Público e interés social.

3. Pago de costas de un demandante que hubiere recibido apoyo del Fondo.
4. Administrar y pagar indemnizaciones decretadas en fallos de acciones de grupo.

2. Ponencia: ¿Cuál ha sido el papel de la Procuraduría General de la Nación en torno a la ley de acciones populares y de grupo?

Ponente: Roberto Serrato*

Relatora: Nathalia Alzate-Mora

El doctor Roberto Serrato inicia su presentación manifestando el cambio que el Ministerio Público ha tenido con la Constitución de 1991. Mientras en la constitución de 1886, el Ministerio Público hacía parte de la rama ejecutiva del poder público, encargado de la protección de los intereses de la Nación, la Constitución Política de 1991 le confiere el carácter de organismo autónomo e independiente de control.

Explica cómo la Constitución de 1991, aparte de darle dicho carácter autónomo según el artículo 118, establece un componente de integración y otro de intervención. En relación con el primero, el doctor Serrato afirma que el Ministerio está conformado no sólo por la Procuraduría General de la Nación, cuyo titular será el jefe del Ministerio Público, sino también por la Defensoría del Pueblo y por las personerías distritales y municipales, las cuales, según este artículo, tienen las funciones de velar por la defensa de los intereses de la sociedad, la guarda y protección de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan una función pública.

En cuanto al segundo, el artículo 277 de la Constitución le atribuye a la Procuraduría funciones importantes de intervención. La primera, con un tema preventivo que apuntaba al control de gestión de la política pública de determinados eventos; sin embargo, al mismo tiempo, aparecía, la segunda, una fun-

* Procurador primero, delegado ante el Consejo de Estado.

ción de control disciplinario de los servidores públicos. Una tercera, establecida igualmente en la Ley 640 de 2001, que confirió una función de carácter conciliatorio en materias de familia, civil y en contencioso administrativo, con una competencia privativa, es decir, exclusiva y excluyente en esta última materia.

Como cuarta función el ponente manifiesta que el mencionado artículo 277 le confiere al Ministerio Público una función de intervención, la cual se materializa cada vez que sea necesario ante cualquier autoridad del orden judicial administrativa, de cara a tres componentes: defensa del orden jurídico, defensa de los derechos y de las garantías fundamentales, y defensa del patrimonio público. Dado que todos estos son conceptos jurídicos indeterminados, existen frente diferentes interpretaciones. Por este motivo, al interior del Ministerio se realiza una labor de conceptualización de los estos mismos conceptos para poder aplicarlos, y así mismo brindar seguridad a la colectividad.

Para el doctor Serrato, la Corte Constitucional en la sentencia C- 486 de 1993, equipara el concepto de orden jurídico al contenido, es decir, al conjunto que forma la Constitución, las leyes, las providencias judiciales y los actos administrativos; también indica que no debe entenderse por orden jurídico únicamente ese conjunto de aspectos normativos sino que se debe buscar un propósito superior a la protección y al logro de la armonía social que se obtiene con el cumplimiento de esos cuatro aspectos, entonces así se pasa de una definición formal de contenido a una ontológica que muestra el fin del mismo.

El siguiente concepto que trata es el de derechos y garantías fundamentales. Dice que estos no se pueden entender únicamente a los derechos fundamentales y aquellos consagrados internacionalmente en los tratados, porque si es así, se está dejando de lado a los derechos económicos sociales y culturales (segunda generación), y a los derechos colectivos (tercera generación). Esta norma (artículo 277 de la Constitución) debe armonizarse con el artículo 118 de la Constitución, respecto a la labor de protección y garantía de los derechos humanos y no sólo de los derechos fundamentales.

El tercer punto, explica el doctor Serrato, es el concepto de patrimonio público, que según la Ley 610 de 2000 es aquel conjunto de bienes, recursos e intereses de los cuales es titular el Estado. Este concepto se queda evidentemente corto porque significaría que el agente del Ministerio Público sólo podría intervenir de cara a la defensa de los intereses del Estado o de la Nación, respecto a

lo cual la Corte Constitucional con la sentencia C- 479 de 1995, establece que el patrimonio público es todo aquello que está destinado de alguna manera a la participación de intereses colectivos.

Para reforzar su argumento el doctor Serrato manifiesta que la más clara definición de este concepto se puede ver en la sentencia del 31 de mayo de 2002 (magistrada Ligia López Díaz), relacionada con el caso de la conciliación de Dragacol, en la cual el Consejo de Estado, Sección Cuarta, señala que el patrimonio público no se limita solamente al conjunto de recursos, intereses y bienes de los cuales es titular el Estado, sino también las obligaciones que el Estado tiene el deber de satisfacer cada vez que causa un daño antijurídico, es decir, aquel que el particular no tiene la carga jurídica de soportar, caso tal en el que el Estado debe entrar a responder y reparar patrimonialmente el perjuicio causado.

En conclusión, el patrimonio público que defiende la Procuraduría difiere de los intereses y bienes del Estado, es un concepto más amplio.

Competencias del Ministerio Público en las acciones populares

Explica el doctor Serrato en relación con las competencias del Ministerio Público con respecto a las acciones populares, que la condición de parte sólo aparece en una norma de nuestro ordenamiento jurídico, en el artículo 127 del Código Contencioso Administrativo; pero esto tiene una crítica, pues de acuerdo a la definición “parte” es aquel que tiene interés directo en el proceso, y frente al cual se va a pronunciar la sentencia judicial que afecta su interés patrimonial directo. Entonces, la pregunta que siempre ha surgido es si el Ministerio es parte o no. De acuerdo con la definición mencionada, se llega a la conclusión de que el Ministerio no es parte, sino que es un sujeto procesal especial, en tanto que interviene en el proceso no con un interés propio sino precisamente con el interés de la colectividad. Por esto afirma el ponente, como sujeto procesal, aunque tiene todas las capacidades de parte, tiene un referente adicional que es la defensa de los intereses colectivos; siendo esta la característica con la que se materializa la intervención del Ministerio Público.

El doctor Serrato expresa que lo anteriormente mencionado actualmente es llevado a cabo por 123 procuradores y personeros municipales, lo que demuestra la amplitud del espectro de intervención. Estos hechos están distribuidos de la siguiente forma:

- a. Ante el Consejo de Estado: en acciones populares existen 7 procuradores delegados, aunque es necesario tener en cuenta que con la entrada en funcionamiento de los juzgados administrativos, la competencia de esta autoridad prácticamente desapareció. Con la última reforma, frente a la cual la Corte Constitucional ya hizo su respectivo análisis de constitucionalidad en la sentencia C-713 de 2008, de la cual aunque aún no se conoce su texto completo, ya se conoce que fue declarado constitucional la revisión eventual por parte del Consejo de Estado de las sentencias de acciones populares, esto, podrá llevarse a cabo a petición de parte o del Ministerio público. De acuerdo con el comunicado que se ha hecho sobre este tema, el doctor Serrato, dice que lo importante es hacer una revisión integral, donde se podrá mirar el contenido de las sentencias, lo que permitirá por un lado, la unificación de la jurisprudencia, y por otro, la protección y garantía de los derechos colectivos.
- b. En los tribunales administrativos de departamento: existe la intervención en todos los tribunales administrativos de departamento a través de 55 procuradores judiciales que tienen categoría de magistrados de tribunal; pero, también se encuentran 30 procuradores judiciales ambientales y agrarios, que son aquellos que hacen presencia cada vez que la acción popular es presentada en aras de protección de estos derechos, generando esto, sin lugar a dudas, un valor agregado frente al operador judicial y a la administración de justicia, ya que funcionarios especializados en temas tan sensibles como el ambiental y el agrario colaboran para una eficaz administración de justicia de manera armónica con el aparato judicial.
- c. Ante los juzgados administrativos: 34 de los 55 procuradores, mencionados anteriormente, hacen presencia específicamente con el acompañamiento de 21 personeros municipales.

En cuanto a las competencias del Ministerio Público, el doctor Serrato menciona principalmente dos referentes importante:

- La Resolución 371 del 6 de octubre de 2005, donde dice que los procuradores judiciales administrativos intervendrán obligatoriamente en las acciones populares.
- La Circular 0041 del 19 de julio de 2007, la cual precisa que los procuradores judiciales administrativos emitirán conceptos de fondo en las acciones populares aplicando el criterio de necesidad de la intervención.

A continuación, el doctor Serrato pasa a estudiar dos casos emblemáticos de acciones populares, específicamente, con respecto al derecho colectivo a la moralidad administrativa que se relaciona directamente con el concepto de patrimonio público.

Caso Dragacol

Sentencia del 31 de mayo de 2002, AP 300/02

Actores: Contraloría General de la Nación y Jaime Botero Correa

MP. Ligia López Díaz

El ponente señala tres aspectos relevantes en esta sentencia:

1. La acción popular es una acción principal.
Frente al tema el Consejo de Estado señaló:

Contrario a lo afirmado por el a-quo, el que se adelanten actuaciones contractuales y fiscales paralelas no desnaturaliza el objeto de la acción popular. La Ley 472 de 1998, por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política, en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo, no contempla que la acción popular resulte improcedente por la existencia de otros medios judiciales de defensa a través de los cuales también se puedan hacer efectivos, los derechos conculcados, como sí sucede con la acción de tutela y la de cumplimiento.

2. La acción popular procede en relación con contratos estatales.
Al respecto, el Consejo de Estado dijo:

Es evidente que la citada ley reconoce la procedencia de la acción en materia de contratación pública, derivada del concepto de moralidad administrativa y de los postulados contenidos en el artículo 209 de la Constitución, el cual consagra el interés supremo de la función pública en cualquier orden. Razón por la cual debe considerarse que la moral administrativa no es sólo un derecho colectivo y un principio de la función administrativa, sino un deber de todo funcionario.

3. El concepto de patrimonio público según la sentencia de Dragacol. Por patrimonio público debe entenderse la totalidad de bienes, derechos y obligaciones de los que el Estado es propietario, que sirven para el cumplimiento de sus atribuciones conforme a la legislación positiva; su protección busca que los recursos del Estado sean administrados de manera eficiente y responsable, siguiendo lo dispuesto en las normas presupuestales.

No obstante lo anterior, llega posteriormente la sentencia del 16 de agosto de 2007 (A.P. 2004-0992), la cual se señala:

Cuando la Constitución Política concibió al patrimonio público como derecho o interés colectivo, fue más allá de la pretensión de desarrollos normativos como los apenas aludidos, pues atribuyó un valor subjetivo (protegido constitucionalmente con la acción popular) a la expectativa ciudadana de un correcto y ajustado manejo de los bienes, derechos y obligaciones “de los que el Estado es propietario”.

La sentencia que vuelve más indeterminado el concepto, dificultando su entendimiento y definición por los operadores judiciales.

El doctor Serrato, para finalizar con este ejemplo, resalta el precedente sentado con la sentencia del mayo 31 de 2002, la cual ampara los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público. Deja sin efectos el acuerdo conciliatorio del 6 de noviembre de 1998, y ordena a Dragacol el reintegro de las sumas pagadas en exceso y el embargo de sus bienes.

Caso Invercolsa

Sentencia del 9 de diciembre de 2003, A.P. 1204/01

Actores: Javier Armando Rincón y Héctor Alfredo Suárez

MP. Camilo Arciniegas Andrade

El doctor Serrato expone que en la acción de este caso los actores populares consideraron que los derechos colectivos, al patrimonio público y a la moralidad administrativa, habían sido vulnerados en virtud de la compra hecha por Fernando Londoño Hoyos, aduciendo la calidad de ex trabajador de Invercolsa S.A., cuando su vinculación había sido de carácter civil. Asimismo, los actores señalaron como transgresor de los derechos colectivos el actuar negligentemente de Ecopetrol en dicho negocio.

Explica el doctor Serrato que en primera instancia para el tribunal, el proceso de adjudicación y venta de las acciones de Invercolsa se inició y terminó bajo la condición de trabajador del demandado. Diferente es que con posterioridad esa calidad se desvirtúa y afecta de ilegalidad la actuación, teniendo en cuenta que desaparece el requisito esencial para efectos de materializar el concepto constitucional de democratización accionaria. Según el ponente, el tribunal no encontró un indebido manejo de los recursos públicos; primero porque no se desvirtuó la buena fe de Fernando Londoño Hoyos y, segundo, porque no hubo incumplimiento del ordenamiento jurídico interno (Ley 226 de 1995) durante el trámite de venta de las acciones.

Por su parte, el concepto del Ministerio Público fue una apelación del Procurador 50 Judicial Administrativo: el fallo impugnado se fundamenta en una argumentación absurda al considerar ajustado al derecho el contrato, pretextando que la declaración sobre la ausencia de la calidad de trabajador sólo se hizo por la justicia laboral, después de culminado el proceso de compra. Para el doctor Serrato sentar la tesis de que el demandado no fue trabajador de Invercolsa sólo a partir de la sentencia laboral es inaplicar el derecho.

En relación con el caso de Invercolsa, el concepto del Ministerio Público, Procuradora 4ª Delegada ante el Consejo de Estado, fue muy claro y acertado en insistir que: el hecho de presentar oferta invocando calidades que no se tienen, para beneficiarse de prerrogativas que la ley otorga a determinadas personas, es un comportamiento enmarcado dentro de la mala fe. Considera

que también Ecopetrol es responsable de la vulneración de los derechos colectivos por la falta de vigilancia del proceso de venta de acciones. Solicita que se declare que esa negociación está afectada de un vicio insaneable que afecta a derechos colectivos.

En conclusión, explica el doctor Serrato, en la sentencia se estableció que la acción popular procede para impugnar contratos, siempre que se aduzca y demuestre lesión de derechos colectivos. De esta manera, se ampararon los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público, por haber contrariado normas de derecho público –objeto ilícito–, siendo absolutamente nula y, en consecuencia ineficaz la compra de 145 millones de acciones de Invercolsa efectuada por Fernando Londoño Hoyos.

También se ordenó a la Arrendadora Financiera Internacional Bolivariana S.A. (AFIB), restituir a Ecopetrol los títulos de acciones de Invercolsa que recibió en virtud de la dación en pago. Ordenó a los dos afectados restituir a Ecopetrol los dividendos recibidos mientras tuvieron las acciones en su poder.

Explica el ponente, que no obstante lo anterior, se presentó una tutela por AFIB en contra de la sentencia del 27 de octubre de 2004 de la Sala Plena del Consejo de Estado, por violación al debido proceso, alegando una omisión de traslado, una improcedencia de la acción popular en presencia de un contrato estatal y la posibilidad de hacer extensivos los efectos del fallo frente a AFIB.

La anterior impugnación fue resuelta por la Sala de Conjuces de la Sección Quinta del Consejo de Estado, con la sentencia del 3 de noviembre de 2005, en la que se dejó sin efectos la sentencia proferida el 9 de diciembre de 2003 por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

El doctor Serrato expresa que como razón principal para conceder la acción de tutela, el *ad-quem* considera que la Ley 472 de 1998 no podía aplicarse para juzgar situaciones acontecidas con anterioridad al hecho que supuestamente ocasionó la violación a los derechos colectivos, tal como lo hizo el Consejo de Estado en el asunto debatido, en donde declaró nulo e ineficaz el contrato de enajenación de acciones inscritas en el libro de registro de accionistas el 8 de mayo de 1997 de Invercolsa (la adquisición de las acciones por parte de Fernando Londoño Hoyos, se realizó por subasta el 2 de mayo de 1997). Explica que en este fallo se apoyó la Sala de Conjuces en el contenido de la sentencia SU-881 de 2005, presentada por el ex ministro Mauricio Cárdenas Santamaría.

Frente a esta decisión, el señor Procurador General de la Nación, mediante escrito del 31 de julio de 2006, elevó una solicitud de revisión de la acción de tutela frente a la Corte Constitucional por aplicación de la ley procesal en el tiempo, manifestando lo siguiente:

Resulta necesario diferenciar las normas sustanciales de las procesales. La norma procesal tiene efecto general inmediato, es decir, todos los actos que se juzguen a partir de la vigencia de la ley procesal deberán regirse por la ley nueva.

Los artículos de la Ley 472 de 1998, aplicados por el Consejo de Estado en la sentencia del 9 de diciembre de 2003, no eran normas sustanciales sino de carácter procesal. Todas las acciones populares, incluidas las reguladas por el Código Civil y por normas especiales, presentadas después del 5 de agosto de 1999, tenían que someterse al trámite previsto en la Ley 472 de 1998.

Para concluir, el doctor Serrato pone de presente la sentencia T-446 del 30 de mayo 2007, con ponencia de la magistrada Clara Inés Vargas Hernández, en la que se revoca la sentencia del 3 de noviembre de 2005 proferida por la Sala de Conjuces de la Sección Quinta del Consejo de Estado; sin embargo, ampara el derecho fundamental de la sociedad accionante (AFIB) y deja sin efectos la condena de restitución de acciones a Ecopetrol impuesta en contra de ella.

II. Los balances institucionales en torno a la Ley 472 de 1998

1. Panel: balance del constituyente y el legislador en torno a la ley de acciones populares y de grupo

1.1. Ponencia: *¿Cuál ha sido el papel del legislador en la protección de los derechos colectivos?*

Ponente: Héctor Helí Rojas*

Relatora: Ángela Rodríguez-Suárez

En sus palabras, el ponente hace referencia al libro del doctor Juan Carlos Esguerra *La defensa constitucional del ciudadano*, y los diferentes estudios realizados por la doctora Beatriz Londoño en el tema de las acciones populares.

El doctor Rojas resalta que la protección a los derechos colectivos debe estar dentro del entendido de un sistema y no en una interpretación individual; al igual que le da valor a las acciones populares para que sean proclamadas como acciones constitucionales y no como contenciosas o civiles (aplicación que le daban algunos jueces del circuito y del Consejo de Estado), es así como deben funcionar dentro de todo el ordenamiento jurídico y dentro de todo un sistema de fuentes jurídicas.

Las acciones populares tienen éxito o fracasan dependiendo de los operadores jurídicos. Y en este sentido, el ponente acompaña su discurso con los planteamientos del doctor Esguerra, al decir que los jueces, a pesar de los diferentes medios con los que cuentan, no exigen lealtad de las partes y no sancionan a quien abusa del derecho.

* Senador de la República.

En las acciones populares se están protegiendo derechos, por lo cual hay que ser más exigente en su interpretación. Con el diseño de las acciones populares el constituyente reservó a la ley su tratamiento (artículo 88), enuncia procedimientos y derechos; la titularidad de la misma ha sido criticada porque se enunciaron diferentes actores en vez de referirse sólo a “persona natural o jurídica”, al igual que el carácter restitutorio que le dio el Congreso (referencia al caso de Dragacol). Pero es así como todas las acciones constitucionales no sólo son para que cese la violación sino para prevenir la vulneración de los derechos, por lo cual tienen un carácter preventivo, suspensivo, restitutorio y se espera que en el Congreso se arregle el carácter “indemnizatorio”.

El Consejo de Estado ha tratado el tema de la anulación o revocatoria de actos administrativos a través de las acciones populares; tema que también ha sido tratado en el Congreso de la República. La posición que ha tomado el Consejo de Estado ha sido dividida: por un lado niegan la posibilidad de anular actos administrativos a través de las acciones populares, fallando al equiparar una acción constitucional con una acción contenciosa, y por otro lado, se abre el espacio para que con estas acciones se afecte un acto administrativo, ya que lo que se busca proteger son los derechos.

En cuanto al incentivo, el doctor Rojas hace referencia a los cuatro proyectos de ley que han habido para modificar la Ley 472 de 1998, de los cuales todos tienen que ver con dos temas principalmente: el incentivo en las acciones populares, junto con la anulación o no de los actos administrativos en el trámite de una acción popular, donde muchos afirman que son “carteles de las acciones populares” (se hace referencia el caso de Dragacol y Sibaté), tema que por lo demás debe estar en manos de los jueces.

El primer proyecto de reforma lo propuso la senadora Leonor Serrano de Camargo, y el senador Rojas fue su ponente, quien opuso a la supresión de los incentivos. El segundo proyecto lo propuso el doctor Germán Vargas Lleras, y en él el senador Rojas se opuso a la eliminación del incentivo, aclarando específicamente que cuando el actor popular haga uso de información pública o de hechos notorios para sustentar su acción, no tenga derecho al incentivo.

En este momento es entonces cuando se debe tomar este tema con cuidado ya que el incentivo ha existido desde hace mucho tiempo, como se puede ver por ejemplo en el Código Civil o en decretos que defendían los derechos

de los consumidores. También hay que reconocer que en la actualidad no hay muchas personas que busquen defender el interés general.

El doctor Rojas resalta que a diferencia de la tutela, la Ley 472 es un instrumento procesal (muy especializado a su parecer), por lo que el actor popular, para ser exitoso, debe invertir tiempo y tener conocimiento para lograr contrvertir las pruebas de la contraparte y así defender los derechos colectivos; esto indica que no es un proceso para dar discurso. Hay que defender los incentivos sobre todo en materia de moralidad administrativa, no se pueden acabar porque las acciones populares perderían dinamismo y eficacia.

El ponente manifiesta que no está mal pedir protección para los derechos de “todos”, como aquellos de los de grupos vulnerables de la población, por lo que defiende los incentivos reconocidos en los artículos 39 y 40 de la Ley 472.

Los jueces deben tener un margen más flexible para limitar directamente o a través de peritos, cuál fue el trabajo del actor popular y de acuerdo con esto establecer el monto del incentivo, pero no se les debe enviar el mensaje de eliminar esta figura.

El doctor Rojas concluye diciendo que ha habido cuatro intentos de reforma a la Ley 472 de 1998 y todos ellos han fracasado por razones de trámite. La Ley tiene sus falencias, pero “no es un desastre de ley”, hay muchas acciones populares que han salido adelante desde 1999 y aún así el tema debe seguir siendo desarrollado.

El último proyecto de reforma presentado en el Congreso estuvo a cargo de la senadora Gina Parody y el senador Armando Benedetti, quienes proponían un mecanismo de unificación de las decisiones sobre acciones populares y una revisión eventual ante el Consejo de Estado de dichas decisiones, en el sentido de que debe haber seguridad jurídica y hay que unificar jurisprudencia.

En la Ley 270 de 1996 objeto de reforma, se incluyó el artículo 36A (ya salió el comunicado de la Corte Constitucional, pero aún no la sentencia), donde se declaró exequible:

(...) en su condición de tribunal supremo de lo contencioso administrativo, a petición de la parte o del Ministerio Público, el Consejo de Estado, a través de sus secciones, en los asuntos que correspondan a las acciones populares o de grupo podrá seleccionar para su eventual

revisión las sentencias o las demás providencias que determinen la finalización, o archivo del respectivo proceso proferidas por los tribunales administrativos, con el fin de unificar jurisprudencia.

Es así como con esta Ley se van a crear lineamientos para las acciones populares por medio de la eventual revisión ante el Consejo de Estado, de la misma forma como ha sucedido con la tutela ante la Corte Suprema de Justicia.

El hecho de haber pasado de un Estado de Derecho a un Estado Constitucional implica asumir el tránsito de una época donde lo más importante era la ley y quien la hacía, a un Estado donde lo más importante es la Constitución y el juez.

El futuro de las acciones populares está en manos de los abogados litigantes, jueces y magistrados. En un país como Colombia los intereses y derechos colectivos necesitan tener una altísima protección, no sólo por la confusión del desarrollo sostenible con el desarrollo económico, el imperio de conceptos neoliberales de enriquecimiento y, no de sostenimiento, que llevan cada día más a agredir a la colectividad, a que se defienda lo particular y no a los intereses generales.

2. Panel: balance de los operadores judiciales en torno a la ley de acciones populares y de grupo

2.1. Ponencia: *¿Cuál ha sido el papel de los operadores judiciales en torno a la ley de acciones populares y de grupo?*

Ponente: Alier Hernández-Enriquez*

Relator: César Cárdenas-Aranguren

El doctor Hernández manifiesta que es un amigo y defensor de las acciones populares y de grupo. Señala que en su ponencia lo que tratará de hacer es buscar unas definiciones generales dirigidas al tema.

* Ex magistrado del Consejo de Estado. Profesor de la Universidad del Rosario.

Indica que los operadores judiciales a veces pecan por defecto y otras veces por exceso. Por esto, lo primero que se debe analizar es la competencia en cabeza del juez con respecto a las acciones populares; en dicha materia hay dos jurisdicciones competentes:

- a. La jurisdicción contencioso administrativa: cuando la acción o la omisión que amenaza el derecho o interés colectivo, es de una autoridad pública o de un particular en ejercicio de función administrativa.
- b. La jurisdicción ordinaria: cuando la amenaza es de un particular sin ningún calificativo; sin embargo, esta no tiene gran relevancia en tanto que los datos otorgados por los estudios se refieren a los jueces administrativos y al Consejo de Estado.

Conforme a lo anterior, el doctor Hernández señala que es necesario centrarse en donde ha tomado relevancia la acción, ya que cada vez que está amenazado y vulnerado un derecho colectivo está de por medio una autoridad pública, y si esto sucede automáticamente la competencia es de la jurisdicción contenciosa administrativa y no de la ordinaria.

La Ley 472 de 1998 estableció que mientras entraban en funcionamiento los jueces administrativos, la competencia en primera instancia la tendrían los tribunales administrativos y, en segunda, el Consejo de Estado. Así, entre 2001 y 2005, cuando en esta última corporación se comenzaron a repartir todas las acciones constitucionales, incluidas las populares y de grupo, entre las cinco secciones que conforman la Sala de lo Contencioso Administrativo existían cinco jurisprudencias sobre cada punto, no sólo diferentes sino además contradictorias. Dado esto, bajo la sana lógica, en el año 2005 el Consejo de Estado decidió unificar los criterios y dejó las acciones populares en la Sección Primera por regla general, y en la Sección Tercera cuando la actividad estatal que había quebrantado el derecho lo había hecho por medio de un contrato estatal o cuando el derecho colectivo invocado era el de moralidad administrativa. Lo anterior permitía un margen de seguridad jurídica, sin embargo hoy el problema es mayor, porque quienes deciden en segunda instancia sobre estas acciones son los tribunales superiores, lo que da lugar a que actualmente existan 32 jurisprudencias diferentes en el país con respecto a este tema.

Así, a modo de ejemplo, en relación con el derecho colectivo la moralidad administrativa es conforme al criterio que el juez le da en su contexto a lo moral, lo que permitiría que se presente una posible dictadura judicial. La deducción apunta a que el país necesita una unificación de jurisprudencia con respecto a este tema, por lo tanto es un deber que organizaciones como la Defensoría del Pueblo velen, bajo el amparo de su participación, por la búsqueda de una posible unificación jurisprudencial.

Finalmente, el ponente desarrolla algunos temas acotados en el ejercicio del Consejo de Estado, a partir de la Ley 472 de 1998:

1. Clases de acciones populares (inciso 2 de art. 2 y art. 34 de la Ley 472/98):
 - *Acciones populares preventivas*. Son las que proceden contra el daño contingente, es decir, la amenaza de vulneración. Procede precisamente para que dicha amenaza cese.
 - *Acciones populares restitutorias*. Restituir las cosas a su estado anterior, cuando ello sea físicamente posible, es decir, una reparación *in natura* (artículo 85 de CCA).
 - *Acciones populares indemnizatorias (de manera excepcional)*. El juez de la acción da una orden de hacer o no hacer, además de exigir una indemnización a favor de la entidad pública encargada de proteger el derecho en reparación del daño colectivo.

El ponente manifiesta que de estas tres acciones sólo la preventiva tiene un trámite preferencial. Sin embargo, una de las cosas que no ha hecho la jurisdicción es distinguirlas, lo que ha llevado a una acumulación de procesos, ya que hasta ahora a todas se les ha dado un trámite preferencial no debiendo ser así.

2. Hay que reafirmar que este tipo de acciones deben proceder contra actos administrativos y contratos estatales. Esto indica que en ocasiones, y de manera posible, los mismos actos administrativos y contratos pueden violar los derechos colectivos, por lo que las acciones pueden dirigirse contra dichos actos y contratos.

El Consejo de Estado ha sentado jurisprudencia sobre este tema, afirmando que debe proceder este mecanismo de defensa. Bajo la figura de los actos administrativos y contratos estatales no se puede desconocer la primacía de las acciones constitucionales y de los derechos que protegen, incluso se permite que se suspendan los efectos tanto de los actos como de los contratos de la administración. Sin embargo, hacia donde no se inclina la jurisprudencia de esta entidad es hacia la posibilidad de que se puedan anular actos o contratos; tesis que se encuentra sustentada en el artículo 34 de la ley de acciones populares, la cual dice que el juez dará ordenes de “hacer y no hacer” pero “no se refiere a la posibilidad de anular”, situación con la cual el ponente no está conforme, ya que asegura que la mejor forma de cesar la amenaza que recae sobre el derecho es la de hacer desaparecer la fuente de peligro, es decir, el acto o contrato.

Conforme a lo expuesto, debe tenerse presente que la acción de nulidad simple del artículo 84 de CCA es una acción popular, en tanto que todo el mundo la puede instaurar. Dado que el juez administrativo es conocedor de las dos, esto es, de la acción de nulidad y de la acción popular, no existe razón alguna para que dicho operador judicial no pueda anular el acto o contrato que pone en peligro el derecho colectivo.

3. En cuanto a la legitimación por activa para ejercer la acción popular, indica el ponente, que los jueces no pueden ponerle limitantes a este tipo de acciones, fundados en razones como la del domicilio distinto al del lugar de afectación del derecho; pues lo que se pretende proteger no es a un individuo sino a una colectividad, por lo que se actúa en su representación y al demandante no puede aplicarse el principio de congruencia.
4. El juez dentro del ejercicio de sus poderes, puede adoptar cualquier medida de cautela, siempre y cuando dicha medida vaya dirigida a proteger el derecho colectivo, incluso, las enunciadas en la ley no se deben tomar como las únicas medidas utilizables, sino que el juez tiene el amplio poder de decidir cuál se podría aplicar a un caso en concreto.

2.2. Ponencia: ¿Cuál ha sido el papel de los operadores judiciales en torno a la ley de acciones populares?

Ponente: Fabián Marín

Relator: José Daniel Mongua-Forero

El doctor Marín inicia su conferencia señalando que el Consejo de Estado en un primer momento, intentó definir qué son los derechos colectivos. Para este efecto, los ubicó dentro del contexto constitucional y jurídico, indicando que no corresponden a una categoría autónoma de derechos y, señaló que tienen un punto de contacto tan fuerte o estrecho como los derechos fundamentales lo tienen precisamente con el Estado Social de Derecho.

Por esta línea, suele asimilarse la categoría de derechos fundamentales como el máximo aporte del Estado de Derecho y del Estado Social de Derecho. Frente a esta tesis el Consejo de Estado señala que quizá los derechos colectivos podrían ser la categoría de derechos más fiel al concepto de Estado Social de Derecho, porque los derechos colectivos se materializan y se realizan en la colectividad. En esa medida, la corrección que hizo la acepción “Social” a la expresión “Estado de Derecho” está mejor expresada en estos derechos y deberes colectivos.

Manifiesta el ponente que para el Consejo de Estado los derechos colectivos reivindican la función y la importancia que tiene no sólo el individuo en la sociedad, sino la sociedad misma, además de los hombres como miembros de la sociedad.

Argumenta que de alguna manera los derechos fundamentales tienden al individualismo, vuelven al hombre desde una perspectiva filosófica un fin en sí mismo, lo cual puede producir a largo plazo un efecto nefasto en la concepción jurídica que tienen tanto los abogados como cada uno de los individuos de la sociedad, al pensar que son el centro del derecho. De esta forma, los derechos colectivos son la otra fase de este conjunto de derechos que debe necesariamente garantizar una Constitución y de alguna manera representan la conciencia social del individuo como parte de un conglomerado social.

Señala que una segunda labor desarrollada por el Consejo de Estado fue la definición de cuáles son los derechos colectivos, de igual forma, que la Corte Constitucional en su momento se preguntó sobre la definición de los derechos fundamentales, a lo cual se respondió: i) aquellos que consagra el artículo 88 de la Constitución Política; ii) los que están dentro del capítulo y título nombrado como “De los derechos colectivos”; iii) aquellos que indica la Ley 472; iv) los que definen los tratados internacionales como derechos colectivos; y v) los que las leyes de manera expresa, indican que son derechos colectivos.¹

El doctor Marín indica que en el ejercicio de esa definición, le correspondió al Consejo de Estado la concreción de cada uno de dichos derechos. Para tal efecto, el papel del Consejo de Estado no dista del que tuvo que hacer la Corte Constitucional a propósito de los derechos fundamentales, (incluso, el esfuerzo del Consejo de Estado ha sido mayor, debido a que sobre los derechos fundamentales a diferencia de los derechos colectivos hay una historia de defensa y construcción). El juez de la acción popular tenía que construir, desde el vacío, qué son cada uno de los derechos colectivos. La construcción desde la nada o desde muy poco, es el otro gran aporte que ha hecho el Consejo de Estado a cada uno de estos derechos.

Manifiesta el ponente que en el aspecto procesal el Consejo de Estado ha ido abriéndole espacio a la acción popular, por medio de la cual se protegen los derechos colectivos. El Consejo de Estado se formó alrededor de las tradicionales acciones contenciosas. La acción popular se le encomendó a ésta corporación cuando todo estaba diseñado para el funcionamiento de las demás acciones. Bien pudo cerrarle las puertas, como lo ha hecho con la acción de cumplimiento; porque se tenía que enfrentar a la relación de las acciones populares con las demás acciones contenciosas, lo cual podría haber indicado que las acciones ordinarias copaban los espacios posibles de actuación en defensa de la juridicidad a cargo del juez y en aras de controlar al Estado.

Sobre este particular el doctor Marín concluyó que es procedente la acción popular contra contratos, actos administrativos y demás, dado el carácter de principal que se le ha atribuido a esta acción. De esta forma, así procedan las

¹ El Consejo de Estado no permite la posibilidad del juez de definir otros derechos por fuera de los indicados como derechos colectivos.

acciones contenciosas ordinarias, estas no inhiben a la jurisdicción para conocer de la vulneración o amenaza de los derechos colectivos o viceversa. La acción popular tiene un diseño arquitectónico jurídico tan poderoso que podría llegar a ser más fuerte que la tutela.

El ponente después examina la siguiente pregunta: si la acción popular se creó en la Constitución de 1991 y sólo en 1998 aparece la ley desarrollándola, ¿qué ocurre antes de la Constitución de 1991, entre 1991 y 1998 y de 1998 en adelante? El Consejo de Estado ha tenido dos posiciones. La primera sostiene que los hechos ocurridos antes de 1998, y con mayor razón antes de 1991, no son demandables, aunque amenazaran o hubieran violado derechos colectivos. La razón de esto es la imposibilidad de aplicación de una ley inexistente al momento de ocurrir los hechos (técnicamente similar a los tipos penales). Y la segunda posición manifiesta que sí cabe la acción popular en hechos ocurridos antes de 1991 y 1998, teniendo en cuenta la existencia del derecho colectivo en aquel momento (la moralidad administrativa como derecho colectivo fue creada en 1991; el hecho de que no existiera la Ley 472 no inhibe la protección del derecho colectivo).

Señala que el mecanismo procesal no es requisito *sine qua non* para adelantar la acción popular, lo importante es que el derecho hubiera existido al momento de la ocurrencia de los hechos, de tal manera que quien lo infringió pudiera saber que estaba haciendo una conducta en contra de la ley.

En relación a la procedencia de la acción popular frente a sentencias judiciales y frente a leyes, el doctor Marín indica que el Consejo de Estado ha sido consistente en negarla. Sobre las leyes, específicamente señala que esta labor le corresponde a la Corte Constitucional y que la acción popular no podría reemplazar la acción pública de inconstitucionalidad. Con respecto a las sentencias, el Consejo de Estado ha argumentado a favor de la seguridad jurídica, teniendo en cuenta la existencia de recursos en contra de éstas.

Para finalizar, y a manera de conclusiones, el ponente dice que la acción popular ha sensibilizado al juez en materia de unos nuevos derechos: los derechos colectivos, y los derechos colectivos se han convertido en una nueva herramienta de control al poder público, el cual hasta 1998 fue controlado únicamente a través de las acciones ordinarias. De esta forma, hoy representan un nuevo instrumento para efectos de control a la administración.

2.3. Ponencia: *Las acciones de grupo como herramienta constitucional para la defensa de los derechos de grupos de especial protección constitucional*

Ponente: Ruth Stella Correa*

Relatora: Ángela Rodríguez-Suárez

La doctora Correa desarrolla su ponencia respondiendo a la pregunta *¿las acciones de grupo son una herramienta constitucional ágil e idónea para la defensa de los derechos de grupos de especial protección constitucional?* Para dar respuesta a este interrogante se basa en varios de los pronunciamientos del Consejo de Estado, aclarando que no son muchos, porque la Ley 472 de 1998 entró en vigencia un año después de su promulgación. A raíz de la puesta en funcionamiento de los juzgados administrativos en agosto de 2006, el Consejo de Estado perdió competencia para conocer de estas acciones constitucionales, toda vez que desde la Ley 472 se estableció que de estas acciones conocería en primera instancia los jueces administrativos, luego los tribunales administrativos y sólo como norma transitoria se estableció que el Consejo de Estado conocería de estas acciones en segunda instancia, en tanto entraran en funcionamiento los jueces administrativos. Otra causa se debe al desconocimiento de la acción, aún que no tiene tanta acogida como la acción popular, en los últimos años se ha incrementado su uso.

La intención del constituyente de 1991, además de establecer la protección de los derechos sustanciales del individuo, también fue estilizar estos derechos; optó por la creación de varias acciones constitucionales, entre las cuales ocupa un lugar importante la acción de grupo regulada por la Ley 472 de 1998. Su aplicación en estos 9 años permite dos conclusiones:

1. Es idónea para proteger a grupos especialmente vulnerados.
2. Se han detectado serias falencias en la redacción de la Ley, las cuales han hecho inoperante la acción, sobre todo aspectos procesales y probatorios;

* Magistrada del Consejo de Estado.

La ponente resalta que esta acción es un mecanismo procesal autónomo, encaminado a evitar el ejercicio de varias acciones individuales, con la finalidad de asegurar el acceso a la justicia y la aplicación de la ley a un número plural de personas, evitando contradicciones entre diferentes decisiones cuando el daño proviene de una causa común. Es una acción eminentemente reparatoria y no esta dirigida únicamente a la protección de derechos e intereses colectivos, sino que cuando el legislador la reguló, le dejó un gran campo de acción, al punto que hoy no existe diferencia entre una acción de grupo y una acumulación subjetiva de pretensiones, cuando los afectados por el daño proveniente de una causa común son más de 20 afectados.

La sentencia que se dicte en este sentido produce efectos ultra partes, en la medida en que no sólo produce efectos en relación con quienes presentan la demanda sino con todo el grupo afectado.

Para estudiar un ejemplo específico, la doctora Correa destaca los siguientes fallos sobre el tema del desplazamiento forzado:

- El 16 de enero de 2006² se profirió la sentencia de “la Gabarra”, en esa sentencia se condeno al Estado, concretamente a la Nación –Policía Nacional y al Ejército–, por el desplazamiento forzado al que se vieron sometidos los habitantes del corregimiento la Gabarra en la zona del Catatumbo (Norte de Santander), por causa de una incursión paramilitar, con ocasión de la cual se dio muerte a varios campesinos de la región. Por un lado, se demostró la omisión de las autoridades militares, organismos de seguridad del Estado para la protección de los habitantes del corregimiento, a pesar de las múltiples amenazas que se habían hecho en relación con la invasión que se haría por parte de los grupos paramilitares. Se encontró en el proceso que algún capitán del Ejército había colaborado con los paramilitares en las actividades violentas que dieron origen al desplazamiento de todos los habitantes del corregimiento, entre mayo y julio de 1999.

La demanda fue presentada por algunos de los desplazados, y el Consejo de Estado entró a analizar la responsabilidad en ese hecho. Cabe re-

² Radicación número: 25000-23-26-000-2001-00213-01 (AG).

saltar que a pesar de que la Red de Solidaridad Social había presentado una lista de personas que emigraron del corregimiento, correspondiente a 1.551 personas, en el proceso apenas se hizo reconocimiento para 260 de ellas; en otras palabras, fueron tantas la falencias de carácter probatorio que finalmente, después de un gran esfuerzo por tramitar esta acción de grupo, la condena de alguna manera no valió la pena porque muchas personas se quedaron por fuera.

De esta población desplazada que concretó el Consejo de Estado en su sentencia (260 personas), 111 eran mujeres, correspondiente al 42.69%.³

Es así como se ven las falencias de carácter probatorio, *no se puede seguir manejando el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil con todas sus consecuencias de carga, frente a situaciones que no son para nada de igualdad y normalidad.*

- El 15 de agosto de 2007⁴ se falló otro proceso también en la zona del Catatumbo, por el desplazamiento forzado de muchas más personas. Si bien anticipadamente el grupo paramilitar anunció que se iba a tomar el corregimiento, siguieron haciendo anuncios e incurrieron en algunos hechos violentos que dieron lugar a que las personas “se desplazaran a tiempo”. Cuando la incursión paramilitar llegó finalmente al corregimiento, todo estaba desolado; no obstante, estuvieron cuatro días en dicho lugar causando cualquier cantidad de desastres, con el fin de intimidar aún más a la población desplazada. El Consejo de Estado logró constatar que el número de personas desplazadas había sido 538, hizo un reconocimiento de indemnización por prejuiciosos morales y por la alteración de las condiciones de existencia de los individuos. De igual forma, se encontraron grandes dificultades para establecer quiénes eran realmente desplazados, todo ello por el tema probatorio.

³ Esta cifra fue presentada en algún encuentro de justicia y género, donde además intervinieron los organismos de control y el Fiscal General de la Nación, quien afirmó que el desplazamiento forzado en Colombia es un problema de mujeres, porque finalmente al padre de familia lo matan como consecuencia de los hechos violentos, y a la mujer le toca salir desplazada con sus hijos.

⁴ Radicación número: AG-25000232700020020004-01.

- El 7 de agosto de 2007 se profirió una sentencia en relación con una masacre que se produjo en el río “maya”, en la zona del Cauca y Valle, que también dio origen a otro desplazamiento. En aquella oportunidad, con ocasión al tema probatorio, apenas se pudo concluir el desplazamiento de 88 personas, con la sensación de que pudieron ser muchos más. Se definió doblar el número de personas que se habían demostrado dentro del proceso como desplazadas, a fin de que se consignara a su favor el doble de la indemnización en el Fondo para la defensa de los derechos e interés colectivos; esto con la esperanza de que se presentaran más personas a hacer la reclamación, se hizo la advertencia de que si no se presentaban y demostraban las condiciones de desplazamiento a las que habían sido sometidas se devolvía el dinero a la entidad demandada.

En todos estos casos anteriormente descritos, siempre ha habido condena porque se demuestra la responsabilidad patrimonial de Estado, por la omisión en que han incurrido las autoridades militares en la protección de la población.

Otro tema que trata la ponente es *la vivienda de interés social*, del cual es importante señalar los siguientes pronunciamientos:

- Sección Tercera del Consejo de Estado del 18 de octubre de 2007.⁵ En ella los habitantes de una ciudadela en Bogotá, cuya licencia de urbanización había sido expedida por el Distrito Capital, se quejaron de que sus inmuebles estaban deteriorados. En el proceso se probó que tal deterioro se daba porque había sido construida en zona de alto riesgo, que el Distrito había autorizado la construcción y no había tenido las precisiones de control necesarias para expedir la licencia. Es así como el Consejo de Estado condenó al pago del valor de los inmuebles a los habitantes de la ciudadela, no sólo a los que intervinieron en el proceso sino a todos los habitantes, haciendo una ponderación del valor de los inmuebles.

⁵ Referencia: 25000-23-27-000-2001-00029-01.

- El 21 de febrero de 2007,⁶ con el deslizamiento de una urbanización en Bucaramanga, el Consejo de Estado encontró la responsabilidad de las entidades demandadas, dado que el deslizamiento se dio por un indebido mantenimiento de las redes de acueducto y fallas en la construcción de las cajas telefónicas de la empresa de teléfonos. Por esta razón, a través de la acción de grupo, se dio la condena en favor de todos los habitantes del sector que integraban el grupo de afectados.
- El 6 de mayo de 2008 se produjo una sentencia, en la cual se dispuso el pago de unos subsidios para vivienda. El Estado estaba patrocinado algunos subsidios de vivienda de interés social, y por alguna razón la vigencia fiscal de esos subsidios expiro. El Estado no encontraba cómo incluirlos en la nueva vigencia fiscal ni arreglar esta situación, por lo que se acudió a la acción de grupo. La condena fue de \$2'057.200 para cada uno de los integrantes del grupo; si hubieran demandado individualmente nadie hubiera demandado por este monto. Una de las bondades de la acción de grupo es que permite que este tipo de indemnizaciones se ordene para todo el grupo, sin que tenga que presentarse una demanda individual con los costos que esto implica.

De la misma forma, la doctora Correa aborda el tema de *servicios públicos*, ahí hay proliferación de acciones de grupo:

- En sentencia del 15 agosto de 2007,⁷ los usuarios del servicio de teléfono demandaron un acto administrativo de carácter general, específicamente se demanda un impuesto que se cobraba en la factura del servicio público. Esta acción de nulidad fue fallada anulando el acto administrativo por ilegal, pero ya se habían cobrado en los meses anteriores mientras estuvo vigente el acto. El Consejo de Estado ordenó el pago de lo recaudado, ya que esta acción tenía carácter indemnizatorio.

⁶ Radicación: AG 680012315000200101531 01.

⁷ Radicación 2002-004.

- El 19 de mayo de 2005 se produjo una sentencia en contra del departamento de Boyacá por no pagar oportunamente el salario de los empleados del Departamento durante el período comprendido entre 1998 y 2001. Cabe precisar que la tesis aplicada en ese momento por el Consejo de Estado ha sido modificada por la Sección Tercera, por cuanto se entiende que en las relaciones entre el Estado y sus servidores públicos, regidos por una relación reglamentaria, existe el privilegio de lo previo a favor del Estado, entonces cuando el funcionario crea que no le pagaron oportunamente lo que corresponde es acudir ante el Estado y realizar la reclamación, provocar el pronunciamiento a través de un acto administrativo y, en caso de que haya ilegalidad obtener la anulación del acto administrativo; con esto se descartaría la acción de grupo, ya que esta acción es indemnizatoria y no produce pronunciamientos de carácter anulatorio como consecuencia de demandar la legalidad de esos actos administrativos en los cuales se definiera la reclamación del trabajador por el pago no oportuno de sus prestaciones.

Indica la ponente que basta con mirar a quienes se les ha reconocido indemnización y la protección de los derechos, grupos significativamente vulnerables, para concluir las bondades de la acción de grupo: *hay que darle tiempo a esta acción relativamente nueva, hay que acomodarle las falencias detectadas tanto por la jurisprudencia como por la doctrina.*

Finaliza su exposición mostrando las falencias de esta figura:

- Manifiesta que una de las falencias detectadas en el tema del desplazamiento fue la de determinar “la naturaleza de desplazado”; la Ley 387 establece quién tiene tal calidad y exige unos requisitos para tenerla. Una de las exigencias es tener residencia en el sitio donde se produjo la violación, en otras palabras, la población flotante que se encuentra asentada en un determinado lugar y tiene que salir a media noche por una incursión paramilitar, no es desplazada porque no tiene la residencia en dicho lugar. Esto genera límites al momento de proferir sentencia, porque entonces aquella opción para proteger gru-

pos especialmente vulnerables, para hacer más eficiente la garantía de la tutela judicial efectiva y hacer más flexible el proceso, se cae en el sistema probatorio que tenemos, que es el del Código de Procedimiento Civil –incluso el Código Contencioso Administrativo se remite a este–, por lo que la carga de la prueba se encuentra en cabeza de la parte actora, hay que tener en cuenta que en esta parte pueden haber uno o varios intrigantes del grupo afectado, y lo que se encuentra a lo largo del proceso es la indebida representación por parte de ese grupo.

- La gente no tiene claro la diferencia entre una acción de grupo y una acumulación subjetiva de pretensiones. Muchas veces por tratar de hacer justicia, los jueces y magistrados terminan entendiendo que efectivamente es de grupo como fue propuesta, pero al revisar el proceso se dan cuenta que el demandante sólo pide a favor de los que se presentaron al proceso, evalúa los perjuicios materiales, los demuestra, pero se le olvida que está involucrando a un grupo afectado.

La doctora Correa considera que le hacen falta poderes al juez para rechazar la demanda por dicha razón. Es propio de las acciones de clase, dentro del derecho anglosajón, que el juez al admitir la demanda analice la conveniencia de su admisión o no, estudiar si al grupo que está representando ese demandante le conviene demandar por esta vía (acción de grupo) o mejor por una acción individual, cosa que no sucede en Colombia, en nuestro país toca admitirla si los afectados son 20 ó más.

- Señala que hay demandantes que ni siquiera establecen cuál es la suma ponderada de indemnización que están reclamando, ni el criterio de identificación de los miembros del grupo o los daños del grupo, lo cual genera una indebida representación desde la entrada, y así se da una exclusión del grupo. Si bien dentro de los 20 días siguientes a la publicación de la sentencia, otras personas pueden ser incluidas dentro del grupo, ya habrá vencido el término para iniciar una acción de reparación directa individual, y la jurisdicción se habrá desgastado porque el fallo no genera efectos para todos los que lo necesitaban.

Es así como se dan estas falencias: i) falta de capacidad del juez para rechazar la acción de grupo por situaciones como las mencionadas anteriormente, ii) falta de conocimiento por parte del demandante para que represente adecuadamente al grupo y, iii) falta de un régimen probatorio propio para este tipo de acciones y no el de las acciones individuales previsto en el Código de Procedimiento Civil.

La ponente indica que la práctica de las pruebas tiene gran dificultad, pues no hay auxiliares de justicia capacitados para ello. Esta dificultad es mayor en temas de banca y servicios públicos.

Destaca como otra falencia el funcionamiento del Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos de la Defensoría del Pueblo, el cual en teoría debería colaborar con este asunto, pero que en la práctica no tiene recursos y carece de presupuesto para tales fines. Es una entidad estatal la encargada de administrar los recursos, vigilada por la Contraloría.

No pueden seguir estos rigorismos, además en el tema del desplazamiento la Red de Solidaridad tiene un muy mal registro de la población desplazada (falta que el poder ejecutivo se involucre más en esto).⁸

Otro tema procesal que debe ser aclarado es la caducidad, según lo establece la Ley 472 de 1998, son dos años para que se intente la acción, contados a partir de la evidencia del daño, violación, o cuando cese la acción vulnerante, lo cual estaría bien para una acción de tipo individual de carácter supletivo, pero cuando se trata de grupo *¿a partir de cuándo se cuenta el tiempo para decretar la acción?* Esto no quedó claro en la norma, es una normativa que está sujeta a las normas de Código de Procedimiento Civil y al Código Contencioso Administrativo.

Por otro lado, el artículo 55 de la Ley 472 de 1998 que habla de la sentencia y sus efectos, no se aplica. Esto sucede porque dentro de los 20 días siguientes a la publicación de la sentencia todos los integrantes del grupo se deben acoger a lo dispuesto en ella, salvo que haya operado la caducidad y la prescripción. Si el espíritu del legislador es vincular a todo el grupo de demandantes y a todos los afectados, y no se puede intentar una acción individual, la

⁸ Esta población tiene temor de hacer parte de esta lista oficial, por las posibles represalias que los grupos armados ilegales podrían llegar a realizar.

vinculación del grupo es obligatoria (quienes no intervengan directamente en el proceso pueden acogerse a los efectos de la sentencia dentro de los 20 días siguientes a la publicación, si no ha caducado o prescrito la acción individual, de lo contrario la persona no podrá hacer uso de su derecho). Esta norma ha sido inaplicada por inconstitucional, ya que impide el acceso a la justicia y viola el principio de igualdad.

La ponente indica otro tema que debe mejorarse en estas acciones, se trata de las medidas previas. Los artículos 58, 59 y 60 de la Ley 472 establecen la existencia de las medidas cautelares en las acciones de grupo. De la antinomia entre estas normas, las de la Ley 472 de 1998, y la remisión al Código de Procedimiento Civil, la tesis usada por la Sección Tercera del Consejo de Estado se basa en la sentencia del 24 de enero de 2007 que afirma que cuando se hace remisión expresa al Código Procedimiento Civil hay que atenerse al artículo 690 para los procedimientos ordinarios, como lo dice la norma ,dejando de aplicar los artículos 59 y 60.

La doctora Correa concluye su exposición señalando que las acciones de grupo no deben desaparecer, por el contrario deben fortalecerse. Lo que se necesita, a juicio de la ponente, es adecuar la norma según las falencias detectadas por la jurisprudencia y la doctrina y, *sacar adelante estas acciones que son de la mayor importancia para la protección de grupos especialmente vulnerados.*

III. Otros aportes de la Academia

1. Ponencia: *Los derechos de usuarios y consumidores en el derecho venezolano*

Ponente: Roberto León-Parilli*

Relator: César Cárdenas-Aranguren

El doctor Roberto León Parilli comienza la presentación de su ponencia explicando qué es la Alianza Nacional de Usuarios y Consumidores (Anauco), señala que es una asociación civil sin fines de lucro, que nació en el 2002, respondiendo al problema que se presentó con la creación de un crédito conocido como *crédito mexicano*, el cual fue muy gravoso para el pueblo venezolano por el impacto negativo que ocasionó en la economía nacional. Asimismo, resalta que gracias a los buenos resultados que presentó la creación de esta alianza se propuso la permanencia y formalización de la organización, con un ánimo de formación dirigida al consumidor, buscando una lucha en defensa de los consumidores y usuarios de manera tanto individual como colectiva.

La estructura de Anauco consiste en una sede principal en Caracas y la atención a nivel nacional a través de unas redes tecnológicas, las cuales han logrado un acercamiento entre el usuario y la organización, que ha permitido adelantar de manera mucho más sencilla el ejercicio de las acciones colectivas.

Dentro del desarrollo de su ponencia, el doctor León-Parilli explica el procedimiento de las acciones populares en Venezuela y hace una **comparación entre las acciones populares de Venezuela y las de Colombia**, teniendo en cuenta entre otros las experiencias vividas.

* Presidente de la Alianza Nacional de Usuarios y Consumidores (Anauco). Venezuela.

Diferencias en las acciones colectivas en Colombia y Venezuela

De manera general, el presidente de Anauco señala las siguientes diferencias:

- Ambas son de *orden constitucional*, el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia refleja de alguna manera lo expresado por el artículo 26 de la Constitución Bolivariana. A juicio del doctor León-Parilli el artículo 26 es un poco más amplio, ya que admite el acceso supraindividual a la justicia, permitiendo a un ciudadano acceder en la defensa de sus propios intereses o los colectivos y difusos. Estos dos últimos términos son muy importantes para la ley venezolana, porque permiten diferenciar las acciones, que para el caso colombiano son las acciones populares, y en Venezuela son las acciones colectivas. En relación con los intereses colectivos y los intereses difusos, los primeros hacen referencia a un grupo determinable y determinado de personas, mientras que los segundos, hacen referencia a una colectividad no cualificada con algunas similitudes pero con unas diferencias sustanciales marcadas.
- Con respecto al *enfoque procesal*, en Colombia la Ley 472 de 1998 es la que está llamada a operar en defensa de los derechos e intereses colectivos, mientras que en Venezuela no se tiene una ley procesal, por lo que se debe regir por un procedimiento que está asentado en jurisprudencia del máximo Tribunal de Justicia. Para el presidente de la Anauco este aspecto ha permitido obtener una ventaja (que no se tiene en Colombia), y es que, gracias a ensayos de prueba y error, la jurisprudencia venezolana ha logrado una mayor defensa en lo colectivo, puesto que lo establecido por este órgano superior permite un cambio constante en defensa de los derechos invocados.
- En relación con *la competencia*, en Colombia existen dos instancias como si fuera un procedimiento ordinario, mientras que en Venezuela no hay instancias, sino que es un sólo procedimiento conocido por la sala jurisdiccional del Tribunal Supremo de Justicia, que da lugar a una sola sentencia vinculante y ejecutiva. Este mecanismo abrevia mucho los actos permitiendo que se llegue más rápido al final de la ejecución de una sentencia favorable.

- Ahora, frente a *la participación de los entes del Estado*, en el artículo 17 de la Ley 472 de 1998, para el doctor León-Parilli, mientras en Colombia se tiene la posibilidad de que la Defensoría del Pueblo participe, pero sólo a solicitud de la parte interesada, en el ordenamiento venezolano en todas, tanto en las acciones colectivas como en las difusas, deben participar la Defensoría del Pueblo, el Ministerio Público y los demás organismos que se crean necesarios para la inclusión, dentro de la defensa del derecho.
- En cuanto a *la admisión de la acción*, para el presidente de la Anuaco, mientras la Ley 472 de 1998 regula términos para ello –lo cual puede llegar a ser muy bueno porque permite que el proceso esté debidamente calendado–, en Venezuela no se cuenta con él dando lugar a algunas dificultades, ya que la admisión de la demanda colectiva dependerá del trabajo de la sala jurisdiccional y de la importancia que se le dé al caso.
- Respecto a *los derechos colectivos*, en Colombia se encuentran señalados en el artículo 4° de la Ley 472 de 1998, definiendo expresamente cuáles son los intereses colectivos. Por el contrario, en el ordenamiento jurídico venezolano no, la jurisprudencia sí los califica, lo único es que agrupe a un número significativo de personas con unas características similares.
- En cuanto con *los recursos*, en La ley 472 de 1998 se tiene tanto el recurso de reposición como el de apelación, mientras que en el ordenamiento jurídico venezolano refiriéndose a este tipo de acciones aún no se ha asentado ningún tipo de recurso, porque la jurisprudencia emana de una sola sala jurisdiccional, es decir, se produce una sola sentencia.
- El doctor León-Parilli también señala que mientras en el caso colombiano se condena en *costas* al actor, cuando se comprueba que ha actuado de mala fe en la interposición de la acción, en el caso de Venezuela no hay nunca condenatoria en costas, lo cual implica que cualquier actor se sienta libre en la interposición de la acción, sin tener el riesgo de ser condenado en costas posteriormente. Esto fomenta en gran medida el número de acciones propuestas.

- Ahora, refiriéndose al *incentivo*, el presidente de la Anauco dice que es una figura que no existe en Venezuela. A diferencia de lo que pasa en Colombia en Venezuela se tiene la concepción de que los recursos siempre aparecen ya sea porque se condena a quien viola el derecho o porque los actores aportan de sus propios recursos “un granito de arena hasta llenar el tarro” –dando lugar a la defensa de los derechos sin que se tenga que dar ningún reconocimiento a los actores.
- Asimismo, señala el doctor León-Parilli, mientras en los artículos 46 y siguientes de la Ley 472 de 1998 se exige un “número plural o conjunto de personas con condiciones uniformes respecto a la misma causa que origina los perjuicios originales para cada una”, y existen procedimientos y requisitos diferenciales entre las acciones populares y las de grupo, en Venezuela *no* se diferencian, simplemente se hace la distinción ente si son determinables (*colectivas*) o si no son determinables (*difusos*).

El siguiente cuadro muestra, de manera muy sencilla y resumida, las diferencias entre las acciones colectivas colombianas y las venezolanas.

	Colombia	Venezuela
Orden constitucional	<p>Artículo 88 de la Constitución: <i>La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.</i></p> <p><i>También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares.</i></p> <p><i>Asimismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos.</i></p>	<p>Artículo 26 de la Constitución: <i>Toda persona tiene derecho al acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.</i></p> <p><i>El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles.</i></p>
Ley procesal	Ley 472 de 1998.	No hay ley procesal, se rigen por procedimiento sentado según jurisprudencias del máximo tribunal de justicia.

Continúa

	Colombia	Venezuela
Competencia	<p><i>Artículo 16 de la Ley 472:</i> la competencia corresponde en primera instancia a jueces administrativos y civiles de circuito. En segunda instancia corresponde a la Sección Primera del Tribunal Contencioso Administrativo o a la Sala Civil del Tribunal de Distrito Judicial.</p> <p><i>Territorialidad:</i> lugar de la ocurrencia de los hechos o el domicilio del demandado, a elección del actor.</p>	<p><i>Jurisprudencia:</i> el conocimiento de todas las acciones por intereses colectivos o difusos corresponde en exclusiva a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Es la máxima instancia judicial, la que se conoce como única instancia.</p>
Participación de entes del Estado	<p><i>Artículo 17 de la Ley 472:</i> la Defensoría del Pueblo podría participar a solicitud de parte interesada.</p>	<p><i>Jurisprudencia:</i> es obligatoria la participación de la Defensoría del Pueblo y del Ministerio Público, la Procuraduría General de la República también debe participar cuando la demanda recae sobre algún organismo público.</p>
Admisión	<p><i>Artículo 20 de la Ley 472:</i> admisión en 3 días hábiles. Existe la posibilidad de subsanar en 3 días.</p>	<p><i>Jurisprudencia:</i> no hay término de admisión, ni tampoco posibilidad de subsanar defectos. El rechazo es absoluto.</p>
Derechos colectivos	<p><i>Artículo 4° de la Ley 472:</i> tarifados.</p>	<p><i>Jurisprudencia:</i> no se encuentran tarifados, su calificación se fundamenta en la afectación de grupos de la población determinables "COLECTIVOS" o indeterminables "DIFUSOS".</p>
Recursos	<p><i>Artículos 36 y 37 de la Ley 472:</i> recurso de reposición y recurso de apelación.</p>	<p><i>Jurisprudencia:</i> no hay recurso alguno, la decisión de la Sala Constitucional es cosa juzgada y sus jurisprudencias son de carácter vinculante.</p>
Costas	<p><i>Artículo 38 de la Ley 472:</i> se condena en costas al actor cuando se comprueba que actuó temerariamente o de mala fe, además la mala fe de cualquiera de las partes acarrea multa hasta de 20 salarios mínimos.</p>	<p><i>Jurisprudencia:</i> estas acciones no acarrear costas para ninguna de las partes por su carácter eminentemente de orden público.</p>
Incentivo	<p><i>Artículos 39 y 40 de la Ley 472:</i> el actor ganancioso tiene derecho a recibir incentivos económicos.</p>	<p><i>Jurisprudencia:</i> no hay incentivos por ser un interés colectivo que prevalece sobre el interés particular que pueda tener el actor.</p>
Acciones de grupo	<p><i>Artículos 46 y siguientes de la Ley 472:</i> número plural o conjunto de personas con condiciones uniformes respecto de la misma causa que origina los perjuicios originales para cada una.</p> <p>Existen procedimientos y requisitos diferenciales entre las acciones populares y las de grupo.</p>	<p><i>Jurisprudencia:</i> esta condición de grupo determinable o indeterminable es la que da origen a las acciones por intereses colectivos o difusos.</p> <p>No hay diferenciación entre acciones populares y de grupo.</p>

Continúa

	Colombia	Venezuela
Fondo para la defensa de los derechos e intereses colectivos	<i>Artículos 70 y siguientes de la Ley 472:</i> promueve y financia, las acciones colectivas. Paga costas y daños.	<i>Jurisprudencia:</i> no existe fondo. La sentencia condena la forma y quien debe reparar los daños. Las acciones colectivas son fomentadas principalmente por las ONG, muy especialmente las asociaciones de usuarios y consumidores.

Fuente: Elaboración propia

En la segunda parte de su exposición, el doctor León-Parilli hace referencia a la actuación de la Anauco en Venezuela, respecto a **algunas acciones colectivas exitosas**.

1. *El famoso caso de los créditos indexados para vivienda y cuota balón para vehículos*

Para el presidente de la Anauco este fue el caso que dio inicio a la organización (y es muy similar al UPAC de Colombia). Se presentó porque las tasas de interés llegaron hasta el 100%, imposibilitando a las personas pagar dichos intereses y amortizar el capital debido, logrando deudas que superaban muchas veces el valor del inmueble.

El doctor León-Parilli señaló que esta acción prosperó con fundamento constitucional a la vivienda digna, lográndose que el tribunal ordenara a las instituciones financieras: en primer lugar, suprimir las normas que daban sustento a este tipo de créditos indexados, y en segunda instancia, retrotraer el crédito hasta sus inicios y aplicar una tasa de interés social muy distinta a la que se venía aplicando, dando así lugar a que se amortizara el capital.¹

El ponente resalta la importancia de esta sentencia al haber marcado un hito en Venezuela, ya que gracias a ella se nutrieron tanto el sector financiero como el pueblo en general. A juicio del doctor León-Parilli, hay que depositar la confianza en la banca, ya que el pueblo necesita de ella; pero al mismo tiempo la banca necesita del pueblo para reali-

¹ Este mismo fallo se aplicó a un crédito para vehículos muy similar al aquí explicado, el cual hace referencia a la cuota balón.

zar sus operaciones, es decir, se concientizó al mercado de las necesidades de la población en general y la de los consumidores. Esta acción favoreció a 29.000 familias en materia de vivienda y a 300.000 en materia de vehículos.

2. *Deudores de créditos de vivienda en moneda extranjera*

En relación con esta acción, el doctor León-Parilli señala que se presentó como consecuencia de haberse permitido la adquisición de vivienda con representación en créditos en divisa dólar, específicamente en el año 2002. Las modificaciones que hizo posteriormente el gobierno venezolano al régimen cambiario, dando lugar a que el valor de dicha divisa se incrementara hasta en cuatro veces su capacidad adquisitiva en el mercado venezolano, ocasionó que quienes habían adquirido dichos créditos en divisa se encontraran a tope de su endeudamiento trayendo consigo muchos problemas económicos. Para el ponente, la sentencia en este caso logró retrotraer a las antiguas tasas los créditos, permitiendo que miles de familias no pagaran hasta cuatro veces su vivienda.

3. *Usuarios de las tarjetas de crédito*

Según el presidente de la Anauco esta acción buscaba hacer que ciertos créditos en los bancos no fueran más onerosos que otros –algo que era totalmente incomprensible. Con la sentencia de este caso se logró que el tribunal ordenara a la Superintendencia de Bancos (en el caso colombiano es la Superintendencia Financiera), a través de una fórmula de cálculo única (lineal), que se impidiera el cobro de interés sobre interés y comisiones, haciendo que el endeudamiento fuera menor. Otro aspecto importante, para el doctor León-Parilli, en este proceso fue el de invertir la carga de prueba; mientras que antes se encontraba en el usuario defraudado, actualmente se encuentra en quien tiene la responsabilidad y los medios tecnológicos para desvirtuar un posible fraude, como es el banco, quien debe custodiar los dineros del usuario.

A juicio del doctor León-Parilli, un tercer aspecto importante de esta sentencia con fundamento en derechos humanos fue el de la eliminación de mecanismos de presión y difamación hacia los usuarios, ya

que se eliminaron prácticas abusivas de manejo y cobro de cartera y la restricción de otras a ciertas horas del día.

Asimismo señala como un cuarto aspecto logrado en este proceso el de la incorporación de la foto del usuario en el plástico (tarjeta) que logró disminuir el fraude a usuarios por parte de terceros.

Los anteriores son procesos ya finalizados que tienen una sentencia ejecutoriada y que han tenido efectos de cumplimiento inmediato.

En relación con los procesos en trámite, el doctor León-Parilli dice que actualmente la Anauco ha iniciado una demanda contra la Comisión de Administración de Divisas (Cadivi) y contra la Superintendencia de Bancos (Sudaban), por problemas de control y limitación de régimen cambiario a viajeros, ya que se establece una limitación a viajar con solo 5.000 dólares, restringiéndose la libertad económica y de circulación de moneda, además de la imposición de algunas tarjetas de crédito, impidiendo que medie una libre competencia entre las corporaciones, y dando lugar a la imposibilidad de ofrecer una mejor gama de productos a los usuarios –diariamente se han venido adhiriendo cada vez más personas a esta acción.

Respecto a los mecanismos de integración, se han verificado unas etapas para la interposición de acciones:

- Un llamado a los interesados a través de los medios de comunicación.
- Una rueda de prensa donde se le comunica a los interesados en qué va a consistir la acción colectiva.
- Se desarrollan reuniones con los interesados, en donde se crean lazos de unión hacia un mismo objetivo.
- Finalmente, se reúnen las personas interesadas para firmar a la “causa” en el tribunal de justicia.

Para el presidente de la Anauco, las dos primeras etapas generan un voz a voz entre la comunidad que logra adherir más interesados en un determinado tema.

Adicionalmente, comenta el doctor León-Parilli, sobre dos acciones que también se están iniciando en la actualidad: una contra Telefónica Movistar, por

engaño al usuario a través de ofertas que no se cumplen o que son diferentes a las inicialmente ofrecidas y que se dan por dar cumplimiento a contratos de adhesión; y la otra, contra las Líneas Aéreas, por incremento de supuestos impuestos que dan lugar al aumento del valor de los tiquetes del valor inicialmente ofrecido –pero de cualquier forma no son impuestos sino valores por gasolina, causados por el incremento del barril de petróleo a nivel mundial, el cual ha dado lugar al incremento indiscriminado por el combustible–, que no pueden estar contenidos en supuestos “impuestos” que asocian un perjuicio al bolsillo de los viajeros.

El doctor León-Parilli señala que adicional a todas estas estrategias jurídicas, políticas, sociales y de medios, para lograr la efectividad de esta acción en busca de una protección y garantía de los derechos colectivos y difusos, la Anauco a dispuesto una plataforma tecnológica que ayuda al desarrollo y buen término de las acciones colectivas. Explica sus antecedentes, sus objetivos y funcionamiento.

Antecedentes

Para el doctor León-Parilli, cuando no existía esta plataforma habían muchos problemas para atender al público, pues por la cantidad de personas era imposible atenderlas físicamente; cuando Anauco² desarrolla el proceso sobre las tarjetas de crédito anteriormente señalado, para evitar este tipo de inconvenientes se ideó la forma de crear una plataforma tecnológica, que hasta la fecha se ha convertido en una herramienta que ha permitido desarrollar con éxito las acciones colectivas.

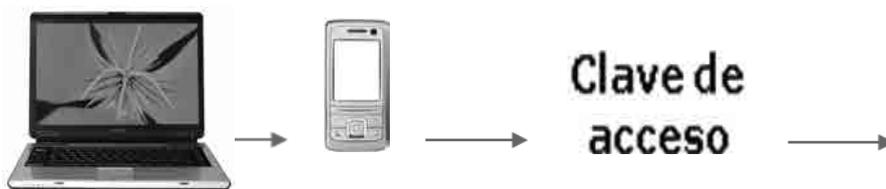
Objetivos

- Dotar a los consumidores de una herramienta tecnológica que permita la canalización de sus reclamos ante los proveedores de bienes y servicios.
- Prestar atención masiva de casos particulares, en el contexto de las acciones colectivas emprendidas por Anauco.

² Esta Plataforma en sus inicios fue Instalada por Anauco para atender los requerimientos de los usuarios del sistema de Tarjetas de Crédito. Es así como a raíz de la sentencia de agosto de 2007, atendió en forma efectiva 60.000 requerimientos.

- Permitir aglutinar, en una sola acción, el requerimiento individual en la comunidad a nivel nacional, es decir, es una forma de acercar la acción a quienes están interesados de una forma de justicia rápida y eficaz. Además de esto, la plataforma logra una eficacia en la canalización de los problemas particulares a través de una denuncia que, después de un estudio, da lugar al inicio de una acción determinada.
- Recopilar de manera adecuada datos, a fin de ejercer un efectivo control de calidad sobre bienes y servicios

Funcionamiento



En su explicación el doctor León-Parilli señala de manera muy sencilla el funcionamiento de la plataforma:

La persona, a través de una celular, envía un mensaje de texto, “Anauco”, y se le otorga una clave de acceso para ingresar en el portal por internet (www.anauco.org); en dicho portal, por medio de una serie de pasos sencillos, el menú va identificando el problema que se pretende solucionar. Esta serie de pasos individualiza y agrupa los problemas además de servir para alimentar datos estadísticos de eficiencia.

Esto se implementó con el fin de gestionar por parte de Anauco como mediador ante distintos proveedores de bienes y servicios.

El lema de ANAUCO es “la voz del consumidor”

El doctor León-Parilli cierra la presentación de su ponencia con la siguiente frase:

Ser consumidor por definición nos incluye a todos (...) Somos el grupo económico más grande en el mercado que afecta y es afectado por casi todas las decisiones económicas públicas y privadas (...) pero somos el único grupo importante, cuyos puntos de vista a menudo no son escuchados.

J.F. Kennedy

2. Ponencia: Las acciones de grupo en el nuevo escenario de los tribunales de arbitramento

Ponente: Hernando Herrera-Mercado

Relatora: Nathalia Alzate-Mora

1. Introducción

La significación actual del arbitraje

El doctor Herrera manifiesta que el arbitraje es uno de los métodos alternativos para la solución de conflictos más utilizados a nivel mundial, y en Colombia existe actualmente una gran proliferación del mismo; una muestra de esto es el número de casos que se tramitan en los centros de arbitraje, por ejemplo, la Cámara de Comercio de Bogotá atiende anualmente más de 300 convocatorias arbitrales, en comparación, la Cámara de Comercio de Buenos Aires atiende cerca de 50 solicitudes y la Cámara de Comercio de Ciudad de México no alcanza a atender 100.

Sin embargo, esta no es la única manera de demostrarlo, actualmente en nuestro país también se les está dando paso a la creación de múltiples centros de arbitraje, lo que da una muestra de justicia. Por otra parte tenemos una legislación que trasciende las décadas, ya desde 1950 se movió la legislación arbitral para los temas de derecho laboral, y posteriormente, teniendo un incremento, al final de la década de 1980 se creó para las áreas de civil y comercial; finalmente, se expidió la Ley 446 de 1998 que es la ley matriz en esta materia.

El ponente considera que al ser tan importante el arbitraje, trasciende entonces el simple procedimiento instrumental para resolver una controversia de carácter privado o administrativo. En esta medida se puede señalar que las acciones, particularmente las de grupo y de clase, en algo han sido tocadas por el arbitraje, claramente no de manera tan profunda como sí lo ha hecho en otros campos del derecho, como en materia comercial, que ha sido desarrollado ampliamente por la jurisprudencia, entendido como la acumulación de laudos sobre un tema específico, o por ejemplo, el contrato de concesión en materia de contratación estatal, por el contrario en las acciones mencionadas los antecedentes son muy escasos.

En la ponencia se pretende abarcar dos temas principales: la esfera de los tribunales de arbitramento y su ejercicio, y la esfera de las acciones de grupo o de clase.

2. La constitucionalización del arbitraje: la tutela y las acciones de grupo frente a los tribunales de arbitramento

Colombia tiene una de las legislaciones modelo a nivel internacional en materia de arbitraje, que ha sido replicada por diferentes escenarios jurídicos, siendo, tan importante este tema que mereció su constitucionalización.

El artículo 116 de la Carta Política de 1991, prevé que los árbitros administran justicia. Nos encontramos aquí con un elemento de gran significación, al señalar esto el constituyente, se ve que lo que les incumben son las mismas prerrogativas y funciones que tiene un juez o magistrado, son promotores de la resolución de conflictos por medio de una decisión. A diferencia de la conciliación, el árbitro decide y el conciliador propone. Esta constitucionalización no es un accidente, por el contrario, el constituyente quiso consagrar una figura tan importante a nivel constitucional.

Por otra parte, el arbitraje ha venido siendo moldeado no sólo por los diferentes laudos arbitrales que se promulgan año a año, sino también por la denominada acción de tutela y la denominada acción de grupo.

2.1. La tutela y el arbitraje

Es posible impetrar una acción de tutela contra un laudo arbitral, en concordancia con lo dicho anteriormente, el árbitro al actuar como juez profiere un laudo

que es equiparable a una sentencia, y por lo tanto, dentro del razonamiento de la Corte Constitucional, la tutela cabe contra decisiones judiciales en el evento en que se produzca una vía de hecho.

La vía de hecho en criterio de la citada corporación, “es la sustancial carencia de poder o de desviación del otorgado por la ley, como reveladores de una manifiesta desconexión entre la voluntad del ordenamiento y la del funcionario judicial, aparejará su descalificación como acto judicial” (Sentencia T-231/94); en otras palabras, es una decisión arbitral derivada de un acto caprichoso.

En relación con lo anterior, es importante señalar cuándo procede la tutela contra laudos arbitrales, frente a lo cual la Corte Constitucional ha establecido algunas causales aplicables tanto a sentencias judiciales como a laudos arbitrales. Es el caso de las sentencias T-173/93, T111/95, T-411/92 y T-472/96, entre otras, específicamente en la sentencia T-231/9494 la Corte Constitucional señaló:

Hay lugar a la interposición de la acción de tutela contra una decisión judicial 1) cuando la providencia materia de la misma acción se funda en una norma evidentemente inaplicable (defecto sustantivo); 2) resulta incuestionable que el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión (defecto fáctico); 3) el funcionario judicial que profirió la decisión carece, en forma absoluta, de competencia para hacerlo (defecto orgánico); 4) El juez actuó completamente por fuera del procedimiento establecido (defecto procedimental).

En cuanto a este último aspecto, es importante resaltar, que la corporación mencionada, en comunicado acerca del análisis de la ley estatutaria de acceso a la justicia, señaló por primera vez, y de manera significativa, que cuando las partes del proceso arbitral son particulares pueden invocar su propio procedimiento, y siendo entidades públicas sí deberán someterse al procedimiento legal, de manera tal que le da validez al arbitraje institucional, como por ejemplo, el reglamento del centro de arbitraje de la Cámara de Comercio.

Por otra parte, la Corte Constitucional antes venía sosteniendo la tesis según la cual, para que fuera procedente la tutela frente a un laudo arbitral, era

necesario que primero se hubiera interpuesto frente a éste el recurso de anulación, que es el mecanismo jurídico mediante el cual se ataca el laudo o sentencia arbitral, pero existió entonces un cambio en la línea jurisprudencial; con la sentencia T-972 de 2007 se señaló que no es necesario haber interpuesto el recurso de anulación para poder revisar vía tutela un laudo arbitral, estableció esta sentencia:

Cuando el recurso de anulación es manifiestamente ineficaz para subsanar los defectos alegados por el peticionario en sede de tutela, es desproporcionado e irrazonable requerir su agotamiento previo para acudir al mecanismo judicial, pues tal exigencia supondría poner en marcha un proceso judicial manifiestamente inconducente y sin posibilidades de satisfacer las pretensiones reclamadas, especialmente por el carácter extraordinario del recurso de revisión que limita la competencia de la jurisdicción para examinar el laudo arbitral a las causales estrictamente señaladas por la ley.

2.2. Las acciones de grupo y el arbitraje

Se formula la pregunta de si ¿pueden las acciones de grupo tramitarse por medio de un tribunal de arbitramento? El doctor Herrera manifiesta que la respuesta, aunque un poco arriesgada, es sí; por lo tanto, pasa a examinar algunos aspectos relevantes.

2.2.1 Situaciones procesales en las que podría darse tal evento

Pacto arbitral colectivo: el arbitraje requiere que las partes hayan acordado previamente o una vez surgido el conflicto, que en caso tal de acaecer un conflicto o controversia sería llevado a definición de un tribunal de arbitramento. En este pacto por lo general existen dos personas, es decir, es bilateral; pero podría ocurrir que una de esas partes procesales, pueda estar compuesta por varios, caso en el cual se daría el pacto arbitral colectivo.

El ponente considera que se podría hablar de un pacto arbitral colectivo en aquellos casos en que una o ambas de las partes estén conformadas por una multiplicidad de actores. Sobre este particular es muy útil señalar que, siempre y cuando exista la voluntad (cláusula compromisoria o compromiso), la juris-

prudencia de la Corte Constitucional y los pronunciamientos de la justicia arbitral han permitido que exista el arbitraje.

Adhesión al pacto arbitral: cuando son dos partes las que han convenido una cláusula compromisoria, pero terceros se adhieren a ella; en este caso también podría válidamente resolverse esa controversia por pacto arbitral, lo que pasa es que en esta situación la voluntad es posterior.

Sin embargo, la Corte Constitucional en principio, no comparte esta posición doctrinal; a diferencia de España en donde la fortaleza del arbitraje es el arbitraje de consumo.

Para la Corte, en la revisión de constitucionalidad de la Ley 546 de 1999, es palmaria la inconstitucionalidad de los artículos 35, 36 y 37 de dicha norma acusados en el proceso. El artículo 35 propicia que las entidades financieras que otorguen créditos para la construcción y adquisición de vivienda, de acuerdo con lo dispuesto en la ley, pacten con los deudores de dichos créditos cláusula compromisoria o compromiso, con el objeto de deferir a un tribunal de arbitramento lo relacionado con el cumplimiento y la ejecución forzada de las obligaciones derivadas de dichos créditos:

Estima esta corporación que la implantación de ese sistema destinado a resolver los conflictos contractuales que se presenten con ocasión del crédito para adquisición de vivienda, viola el derecho de acceder a la administración de justicia (artículo 229 de la Constitución Política), el principio de igualdad (artículo 13 CP) y el objetivo constitucional de un orden justo (preámbulo), además de frustrar -por contera- el ejercicio del derecho a una vivienda digna (artículo 51 CP).

También se ha manifestado en idéntico sentido, respecto de la Ley 142 de 1992 de los servicios públicos, en donde se establece que el arbitraje no puede ser sugerido ni obligatorio, el arbitraje forzoso no existe.

2.2.2. Características fundamentales de las materias que vía acciones de grupo podrían ventilarse ante un tribunal de arbitramento

- a. **Materias transigibles:** los árbitros no pueden decidir sobre una materia de la que las partes no puedan disponer, lo transigible es lo disponible, luego aquello que no lo sea no será susceptible de ser llevado a un tribunal de arbitramento.

Sobre este particular es importante señalar el antecedente sentado por la Corte Constitucional en la sentencia C-098/01:

Se ha entendido que la justicia arbitral sólo puede operar cuando los derechos en conflicto son de libre disposición por su titular, es decir, que frente a ellos exista la libertad de renuncia en un todo o en parte. Esta capacidad de renuncia o de disposición, es lo que determina el carácter de transigible de un derecho o de un litigio. Esta libertad de renuncia está determinada por la naturaleza misma del derecho y corresponde al legislador establecer en qué casos ésta es posible –capacidad legal de disposición.

- b. **Que no se involucre una decisión de legalidad de actos administrativos:** en esta materia la jurisprudencia de la Corte Constitucional como la de la Sección Tercera del Consejo de Estado, ha sido unánime, y prevé que los tribunales de arbitramento no pueden modificar o alterar la legalidad de actos administrativos, cuya competencia y control se encuentra prohibida; así se señaló en la Sentencia C-1021 de 2001 de la Corte Constitucional:

Esta potestad no puede quedar librada a los particulares, por cuanto a ellos sólo les compete pronunciarse sobre aspectos que las partes en conflicto pueden disponer, y el orden jurídico, en este sentido, no es objeto de disposición, pues se entiende que cuando la administración dicta un acto administrativo lo hace en uso de las potestades que la Constitución y la ley le han asignado, sin que a los particulares les pueda asistir la facultad de emitir fallos sobre ese particular.

- c. **Que sea voluntario:** toda materia que vía acción de grupo se lleve a un tribunal de arbitramento tiene que ser voluntaria; esto se basa en el principio de la legitimación de las partes, reconocido tanto en la ley como en la constitución, por eso se recomienda que la cláusula compromisoria esté redactada de manera general: toda controversia que surja o se derive de este contrato será resuelta por un tribunal de arbitramento, de hecho, no es indispensable señalar el número de árbitros, o el centro de arbitraje en el que se llevará a cabo, pues para todas estas situaciones la ley tiene carácter supletivo.

2.2.3. Antecedentes que muestran la forma de conjugar el procedimiento de los tribunales y el procedimiento de las acciones grupo

Señala el ponente que la acción de grupo propuesta por los accionistas minoritarios de Bancolombia S.A. contra Bancolombia S.A., de 30 de enero de 2004 es el principal antecedente:

- a. **La cláusula:** el proceso se surte por la vía arbitral en virtud de la cláusula compromisoria pactada en los estatutos de Bancolombia S.A., que es del siguiente tenor:

ARTÍCULO 36. Tribunal de Arbitramento: las diferencias que ocurran a los accionistas con el banco, o a los accionistas entre sí, por razón de su carácter de tales, durante el contrato social, al tiempo de disolverse el banco, y en el período de liquidación, serán sometidas a la decisión obligatoria de un tribunal de arbitramento que funcionará en la ciudad de Bogotá, Colombia, y estará integrado por tres (3) ciudadanos colombianos en ejercicio de sus derechos civiles y abogados, los cuales fallarán en derecho.

El doctor Herrera indica que en primera instancia, la demanda fue presentada ante la jurisdicción ordinaria, la cual fue asignada por reparto al Juzgado 20 Civil del Circuito de Bogotá. Con la contestación de la demanda Bancolombia formuló la excepción previa de “cláusula compromisoria” que fue despachada favorablemente, con lo que se daba

por terminado el proceso. Contra lo decidido el demandante interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación, los que le fueron re-sueltos de manera desfavorable.

- b. **Antecedentes:** frente a lo anterior, los demandantes interpusieron una acción de tutela de la que conoció en última instancia la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia del 11 de mayo de 2001 (magistrado ponente Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo), en donde se confirmó la providencia recurrida por considerar:

(...) los tribunales de arbitramento, (...) no son competentes por regla para conocer de las acciones de grupo o de clase, (...) porque la sentencia que en estas se profiera, (...) vincula a las personas que se encuentren en “condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales”(...)

Otra, en sana lógica parecería ser la conclusión cuando el “grupo” únicamente esté conformado por personas que, como los socios de una sociedad, han concertado el pacto arbitral o aceptado la presencia de una cláusula compromisoria (...)

Por eso, en este particular y específico caso, si alguno de los socios o un grupo de ellos desea incoar una acción de clase deberá hacerla ante un tribunal de arbitramento, respetando de esta manera el pacto arbitral (...).

En concordancia con lo anterior, el tribunal de arbitramento se pronunció también en el sentido de la procedencia de la acción, para lo cual, de manera bastante afortunada, combinó las disposiciones del Código de Procedimiento Civil en materia arbitral con las de la Ley 472 de 1998 en acciones de grupo, de manera tal, que el proceso se llevó de la siguiente forma:

- Normas procesales del arbitramento
 1. Se integró un panel arbitral con presidente y secretario. Funcionó mediante el sistema de audiencias.

2. Se informó a la Procuraduría General de la Nación de la instalación del tribunal. Se definió un plazo de duración del trámite de seis meses.
 3. No hubo existencia de recursos de fondo, sólo anulación.
- Normas procesales de la Ley 472 de 1998
 1. De conformidad con el artículo 49 se reconoció un coordinador del grupo.
 2. En los términos del primer inciso del artículo 53 de la Ley 472 de 1998, se dio aviso a los miembros del grupo de la demanda reformada y su admisión; se ordenó notificar personalmente al Defensor del Pueblo de la reforma de la demanda y de la asunción de competencia; se dispuso el envío a la Defensoría del Pueblo de una copia de la demanda y del auto admisorio para los efectos del Registro Público de Acciones Populares y de Grupo.
 3. Se integró el grupo, se surtieron las exclusiones.
 4. Se dispuso que por secretaría, en el término legal, se proceda a la publicación, en el diario El Tiempo de Bogotá por una sola vez, de un extracto del presente laudo, con la prevención a todos los interesados que no concurrieron al proceso para que se presenten al Fondo para la defensa de los derechos e intereses colectivos, administrado por la Defensoría del Pueblo, a reclamar la indemnización en la forma y con los requisitos señalados en esta providencia. Dicho extracto contendrá la parte resolutive del presente laudo.
 - Temas comunes
 1. Se admitió la demanda y se corrieron traslados al demandante de las excepciones de mérito propuestas por los demandados.
 2. Conciliación.
 3. Período probatorio.
 4. Alegatos.

- Examen de las consideraciones fundamentales del tribunal
 1. **Determinación del grupo actor o convocante.** Por cuanto el artículo 65 de la Ley 472 de 1998 se establece en su numeral 2 la obligación del fallador de incluir en la sentencia las condiciones que deben reunir los beneficiarios que hayan estado ausentes en el proceso para reclamar cualquier condena derivada de él, es decir, para que puedan considerarse como representados por el grupo actor y, por ende, quedar cobijados por una eventual decisión favorable a dicho grupo actor. Considera el tribunal que ésta es la oportunidad para precisar las condiciones que deben reunir quienes pudieran eventualmente ser beneficiarios de este laudo. El doctor Herrera señala que no es lógico adelantar las consideraciones del laudo sin antes señalar quiénes quedarán cobijados por cuanto en él se resuelva. Entonces, el tribunal acepta el criterio presentado por el actor inicial, en el sentido de que el presente laudo cobije a quienes eran accionistas del antiguo Banco de Colombia al tiempo de la fusión, en tanto hayan intercambiado acciones del antiguo Banco de Colombia por acciones del Banco Industrial Colombiano, con las exclusiones que adelante se mencionan.
 2. **Naturaleza de la acción de grupo y sus consecuencias:** señala el ponente que de conformidad con el texto del primer inciso del artículo 46 de la Ley 472, “la acción de grupo se ejercerá exclusivamente para obtener el reconocimiento y pago de la indemnización de los perjuicios”. Esta regla es un corolario indispensable de cuanto expresa el cuerpo del artículo, que en sustancia repite lo ya enunciado por el artículo 3° de la Ley, cuando señala que las acciones de grupo están previstas para cubrir las pretensiones de quienes “reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas”. Más adelante, en el artículo 48, se regula la legitimación de quienes pueden presentar esta clase de acciones, disponiendo que la tengan “las personas naturales o jurídicas que hubieren sufrido un perjuicio individual”.

Y en el párrafo de la misma norma se hace referencia a las personas que “hayan sido afectadas individualmente por los hechos vulnerantes”.

A manera de conclusión, señala el doctor Herrera, que las características fundamentales de las materias que, por vía acción de grupo, podrían ventilarse ante un tribunal de arbitramento son:

1. La arbitrabilidad.
2. La transigibilidad.
3. El carácter voluntario.
4. La acreditación de cláusula compromisoria.
5. La combinación de normas procesales del arbitramento y la Ley 472 de 1998.
6. La determinación del grupo actor o convocante, La acción de grupo se ejercerá exclusivamente para obtener el reconocimiento y pago de la indemnización de los perjuicios.

Este libro fue compuesto en caracteres
Caxton 10 puntos, impreso sobre
papel propal de 70 gramos y encuadernado
con método Hot Melt, en el mes de noviembre de 2009,
en Bogotá, D.C., Colombia