

Comentarios a la ponencia presentada por el Dr. Alier Hernández E., titulada: "Regulación de las Acciones de grupo formuladas en contra de las entidades públicas en el derecho colombiano"

Dra.: RUTH STELLA CORREA PALACIO*
Consejera de Estado
Bogotá, septiembre de 2005

Con el propósito de cumplir el encargo del señor Presidente del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, doctor Jairo Parra Quijano, de comentar las ponencias presentadas en el tema de la ACCIÓN DE GRUPO, me referiré concretamente al trabajo presentado por el profesor Alier Hernández Enríquez, en el cual ha tratado con todo el rigor jurídico que lo caracteriza, el tema de las acciones de grupo en contra de las entidades públicas en el derecho colombiano, cuyo conocimiento fue atribuido por el legislador a la jurisdicción contencioso administrativa. Me permito presentar algunas reflexiones sobre puntos que entiendo relevantes para los efectos de la discusión, dado que revelan la existencia de algunos aspectos polémicos, que surgen precisamente frente a una regulación normativa incompleta y que en veces encierra contradicciones, seguramente debido a la novedad que para nuestras instituciones procesales representa la figura.

Los comentarios girarán en torno a los siguientes aspectos:

1) Las características del grupo protegido con la acción, 2) Requisitos para la admisión de la demanda, 3) Inaplicación de la prescripción o caducidad establecida en el artículo 55 de la Ley 472, 4) La exclusión del grupo. 5) Desnaturalización de la acción, 6) Naturaleza de las decisiones del Fondo para la Defensa de Derechos e Intereses Colectivos, frente a las solicitudes de quienes deseen acogerse a los efectos de la sentencia.

* Abogada Egresada de la Universidad Libre de Pereira. Especialización en Derecho Laboral y Relaciones Industriales de la Universidad Externado. Profesora de las Universidades Libre, Católica, Nacional, Javeriana, Sergio Arboleda y Santo Tomás. Auxiliar del Consejo de Estado, Secretaria Sección Tercera, Magistrada Auxiliar. Procuradora Delegada ante la Sección Tercera del Consejo de Estado. Juez Laboral y Civil. Miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Consejera de Estado.

1. Las características del grupo protegido con la acción

Un tema que ha ofrecido motivo de discusión, lo ha sido la procedencia de la acción, concretamente en torno a la determinación de cuáles deben ser las características que debe reunir el grupo en cuyo favor se intenta la acción. La jurisprudencia del Consejo de Estado, con miras a clarificar el punto, y privilegiando el criterio de la importancia y relevancia social del grupo afectado, ha ensayado tesis tales como la necesidad de la preexistencia del grupo al daño por el cual se pretende reparación. En el mismo sentido que lo ha hecho la Corte Constitucional, se ha referido a relevancia social del grupo y a la importancia social del daño, para arribar a la conclusión de que no cualquier grupo que haya sido afectado por una causa común es titular de la acción, sino que ésta ha sido reservada para "la protección de grupos y de intereses de grupos verdaderamente relevantes, por su entidad, magnitud o repercusión social"¹.

Se afirma en la ponencia que con posterioridad a la expedición de la sentencia C-569 de 2004, proferida por la Corte Constitucional, que declaró inexecutable la expresión "*las condiciones uniformes deben tener también lugar respecto de los elementos que configuran la responsabilidad*" contenida en los artículos 3 y 46 de la Ley 472 de 1998, no existe diferencia sustancial entre la acción de grupo y la acumulación subjetiva de pretensiones reparatorias, cuando los afectados con la causa común sean más de 20 personas.

En armonía con lo anterior, señala el ponente, igualmente, que la exigencia de requisitos como los de que la acción esté dirigida a proteger grupos de especial relevancia social, reparar daños de gran entidad, inhibir comportamientos que puedan provocar hechos dañinos de grandes repercusiones, o la repercusión social del daño, sólo podrán ser establecidos por el legislador, porque la ley previó como único requisito para la procedencia de la acción, la existencia de 20 demandantes afectados por una causa común.

Hasta la expedición de la sentencia C-569/04, tanto en la jurisprudencia del Consejo de Estado como en la que a ese respecto había desarrollado la

¹ Sentencia C-569 de 2004. De igual manera, en la sentencia C-215 de 1999, la Corte señaló: "Esas acciones, para su procedencia, exigen siempre que el daño afecte derechos subjetivos de origen constitucional o legal de un número plural de personas que por sus condiciones y por su dimensión deben ser atendidos con prontitud, inmediatez, efectividad y sin mayores requisitos procesales dilatorios".

Corte Constitucional, se había utilizado como criterio diferenciador entre las acciones de grupo y las demás acciones indemnizatorias, consideraciones vinculadas a la relevancia social del grupo² y a la importancia social del daño³, en las cuales se hallaba la justificación al procedimiento preferente y sumario con el cual se dotó a esas acciones. En efecto, fue reiterada la doctrina de las Cortes en el sentido de que la acción de grupo está reservada para “la protección de grupos y de intereses de grupos verdaderamente relevantes, por su entidad, magnitud o repercusión social”⁴.

Compartimos con el ponente su apreciación en el sentido de que con ocasión de la expedición de la sentencia de constitucionalidad que se viene comentando, tales criterios ya no pueden ser considerados como requisitos para la procedencia de la acción, y que sólo el legislador puede establecerlos, dado que conforme a tal sentencia basta con la integración de un grupo de 20 personas afectadas con una causa común, como requisito suficiente para que proceda la acción de grupo.

² “La acción de grupo se diferencia también de las demás acciones reparatorias por la repercusión social del daño, en consideración al número de los damnificados y al impacto generalizado que produzca”. Providencia de la Sección del 18 de octubre de 2001, exp: AG-25000232700020000023-01. Este criterio fue tenido en cuenta por la Sala al admitir la procedibilidad de la acción de grupo interpuesta por trabajadores del departamento de Boyacá que reclamaban la indemnización de perjuicios que les causó adquirir con sus propios recursos los uniformes y vestidos de labor, en razón del reiterado incumplimiento de la entidad obligada: Los demandantes “constituyen un sector específico de la población, cuyo modo de actuar y comportarse en la sociedad los identifica y distingue del resto de los miembros de la misma. Esa circunstancia, permite concluir, que son socialmente relevantes, pues es precisamente, dicha sociedad quien los ha reconocido como tal... Adicionalmente, se trata de un número plural de personas con ingresos sustancialmente bajos..., lo cual aumenta la relevancia social, de la cual gozaban por su condición de trabajadores... Las mencionadas circunstancias, le permiten a la Sala concluir que pueden considerarse como un grupo socialmente relevante, pues es evidente que al haber asumido el costo de las dotaciones vieron disminuidos sus ingresos, que por lo demás eran bastante bajo; por consiguiente, deben ser atendidas con prontitud, inmediatez, efectividad y sin mayores requisitos procesales que podrían dilatar la satisfacción de sus pretensiones”. Providencia del 20 de noviembre de 2003, exp: AG-15001233100020001618-021.

³ Providencia de la Sección Segunda del 24 de mayo de 2001, exp: AG-25000232500020010005-01 (011).

⁴ Sentencia C-569 de 2004. De igual manera, en la Sentencia C-215 de 1999, la Corte señaló: “Esas acciones, para su procedencia, exigen siempre que el daño afecte derechos subjetivos de origen constitucional o legal de un número plural de personas que por sus condiciones y por su dimensión deben ser atendidos con prontitud, inmediatez, efectividad y sin mayores requisitos procesales dilatorios”.

Es decir, la relevancia del grupo, o la magnitud y repercusión social del daño que se les ha causado, están determinados sólo por el número de sus integrantes, esto es, 20 o más personas.

La conclusión anterior no impide que pueda seguir sosteniéndose la existencia de diferencias sustanciales entre la acción de grupo y una acumulación subjetiva de pretensiones indemnizatorias, diferencias que deben fundarse en los objetivos que se persigue amparar con dicha acción.

Cabe precisar como diferencia fundamental entre las acciones de grupo y las indemnizatorias en las que se presenta una acumulación subjetiva de pretensiones, que mientras en las primeras el fin móvil o motivo está determinado por la protección de los intereses de todo un grupo afectado con una causa común, superando los límites de la presencia en el proceso de los afectados y en cambio vinculando al proceso desde su inicio y cobijando con los efectos de la sentencia a todos los afectados, en las acciones indemnizatorias individuales en las que se han presentado 20 o más demandantes, la finalidad está determinada por la protección del derecho a la indemnización de quienes en él intervienen y la decisión del juez en congruencia con la demanda debe circunscribirse al amparo reclamado en favor de los demandantes, porque el proceso sólo vincula a estos y los efectos de la sentencia son *inter partes*, es decir si algunas otras personas que no intervinieron como demandantes o *litis consortes* resultaron afectadas por cuenta del mismo hecho, no se consideran vinculadas al proceso, ni quedan cobijadas por los efectos de la sentencia y por ende no tienen la opción de acogerse a sus efectos después de que ésta ha sido proferida.

Es importante precisar, que la sola existencia de un grupo afectado por una misma causa e integrado por 20 personas o más, no determina la existencia de una acción de grupo, aunque sí su procedencia. En el mismo sentido que lo hace la ponencia, afirmamos que conforme está regulada la figura procesal en nuestro ordenamiento, bien pueden 20 personas afectadas por una causa común, acudir a una acción reparatoria individual en la que se acumulen sus pretensiones, o bien pueden optar por instaurar una acción de grupo.

La exigencia para acudir a la acción de grupo de que exista un grupo conformado mínimo por 20 personas, que hayan sido afectadas por un mismo hecho, no impone como consecuencia que siempre que el grupo de afectados por una causa común esté integrado al menos por 20 personas, la vía procesal para lograr la indemnización, sea la acción de grupo, porque la normativa que regula la figura dejó a salvo las acciones individuales

reparatorias. Esto es, que los afectados individualmente, o acudiendo a la acumulación subjetiva de pretensiones, bien pueden optar por iniciar acciones individuales reparatorias, con la condición que las hayan intentado antes de la presentación de la demanda instaurada en ejercicio de la acción de grupo, o que, habiéndose presentado ésta, se haya solicitado la exclusión dentro de los cinco días siguientes al vencimiento del término de traslado de la demanda (artículo 56) o cuando después de proferida la sentencia hayan solicitado su exclusión argumentado que sus intereses no estuvieron adecuadamente representados.

En síntesis, en el estado actual de la legislación, la diferencia entre estas acciones indemnizatorias, está marcada por la finalidad que se persigue en cada una de ellas. Un fin circunscrito a la reparación de los daños causados a los demandantes para las indemnizatorias individuales, y un fin destinado a la reparación de los daños de todo el grupo afectado, con independencia de que sus integrantes hayan actuado como demandantes.

Ahora bien ya en relación con el proceso, como lo destacó el expositor, el trámite como acción de grupo de pretensiones reparatorias es preferencial y sumario⁵. En la misma línea ha sostenido la jurisprudencia del Consejo de Estado, con apoyo en la doctrina, que a través de esta acción se busca la satisfacción de unos objetivos muy claros, como el de economía procesal al resolverse a través de un mismo proceso un cúmulo grande de pretensiones⁶, que permite la reparación de pequeñas sumas, cuya

⁵ La Ley 472 de 1998 señala términos muy breves para el trámite del proceso: 10 días para la admisión de la demanda (art. 53), 20 días para practicar pruebas (art. 62), 5 días comunes para alegar de conclusión (art. 63), 20 días perentorios e improrrogables para dictar sentencia (art. 64) y máximo 20 días para resolver el recurso de apelación (art. 67). La inobservancia de tales términos hace incurrir al juez en causal de mala conducta, sancionable con destitución del cargo (art. 84). Además, la Corte Constitucional en la Sentencia C-569 de 2004, señaló que las acciones de grupo gozan de ventajas procesales en relación con las demás acciones indemnizatorias, porque "pueden ser interpuestas por una sola persona a nombre del grupo, por el Defensor del Pueblo o los personeros, pueden ser subsidiadas, tienen un trámite preferencial, representan ingentes beneficios en materia de economía procesal, los miembros del grupo pueden acogerse a la sentencia favorable sin haber participado en el proceso, etc."

⁶ "La acción de grupo se justifica por razones de economía procesal y coherencia en las decisiones judiciales, pues permite decidir en un solo proceso asuntos que, de no existir dicho mecanismo procesal, llevarían a litigios individuales repetitivos, que no sólo cuestan más al Estado sino que además provocan riesgos de decisiones contradictorias". Corte Constitucional C-569 de 2004.

reclamación individual sería por ese aspecto inviable⁷; con mayores posibilidades de obtener, al menos en parte, el restablecimiento del derecho, "pues los bienes del demandado no se verán afectados por los demandantes que primero iniciaron la acción sino que se destinarán a cubrir la indemnización del grupo, a prorrata de sus daños y hasta donde su cuantía alcance"⁸, evitando así fallos contradictorios y por contera, logrando la realización del derecho a la igualdad, porque de esta manera es posible garantizar el resarcimiento de aquellos perjuicios bajo el entendido de que a igual supuesto de hecho, igual debe ser la consecuencia jurídica⁹; además, se busca con la misma modificar la conducta de actores económicos¹⁰ y brindar mayores facilidades para el demandado pues debe atender un único proceso y no una multitud significativa de estos.

Mientras que si la pretensión se ventila a través del proceso reparatorio, la acción indemnizatoria será la de reparación directa, tramitada a través de un juicio ordinario, en el cual están ausentes todos los privilegios propios del proceso establecido para las acciones de grupo, comenzando por la diferencia en los términos para intentar la acción.

⁷ "Ellas buscan solucionar problemas de acceso a la justicia (CP art. 229), puesto que con la acción de grupo, los costos del litigio son en cierta medida divididos entre todas las personas afectadas. Esto permite que pretensiones que, si fueran reclamadas individualmente, serían económicamente inviables, debido a su escaso valor, puedan ser reclamadas colectivamente, ya que, a pesar de poder ser modestas e incluso insignificantes individualmente, dichas pretensiones adquieren un significado económico importante al ser agrupadas, lo cual justifica su acceso y decisión por el aparato judicial". Corte Constitucional C-569 de 2004.

⁸ Providencia de la Sala del 18 de octubre de 2001, exp: AG-25000232700020000023-01. En este mismo sentido, CARLOS DE MIGUEL PERALES. *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente*. Madrid, Ed. Civitas, 1997. 2ª. ed. Pag. 317, afirma: "Esto supone un inconveniente para el perjudicado como individuo; sin embargo, protege al perjudicado como colectivo ("no se cobra todo, pero todos cobran") lo cual es, a fin de cuentas, más justo a la par que "evita" una competición ante los tribunales para obtener una sentencia estimatoria antes".

⁹ Sentencia de la Corte Constitucional C-1062 de 2000.

¹⁰ Las acciones de grupo "buscan modificar el comportamiento de ciertos actores económicos, y en especial disuadirlos de realizar ciertos actos que pueden ocasionar perjuicios menores a grupos muy numerosos de la población. Sin la existencia de la acción de grupo, esos actores no tienen un incentivo claro para prevenir esos daños, pues es improbable que sean demandados individualmente por cada uno de los afectados. La institucionalización de la acción de grupo modifica la situación, pues genera a esas compañías la posibilidad de ser demandadas por uno de los afectados, pero en nombre de todos los usuarios, lo cual podría tener enormes consecuencias económicas. Este riesgo es entonces un estímulo poderoso para que las compañías modifiquen su conducta, a favor de los usuarios". Corte Constitucional C-569 de 2004.

2. Requisitos para la admisión de la demanda

Afirma el expositor que desde el comienzo del proceso, y con el fin de determinar la admisibilidad de la demanda, deben quedar establecidos los siguientes aspectos: i) la legitimación en la causa de los demandantes, esto es, la condición con la que se presentan al proceso (propietarios, poseedores, etc); ii) que los demandantes sufrieron un daño que obedeció a una causa común; iii) que ese grupo de afectados con la causa común está integrado por veinte personas; y iv) que quien ejerce la acción sufrió un perjuicio individual.

Agrega que será necesario que, *ab initio*, el juez pueda observar, así no fuese de manera concluyente, que los demandantes sufrieron un daño que obedeció a una causa común y que, de esa manera, se conformó el grupo que exige la ley. Tal conclusión se deduce del artículo 48, inciso primero, que remite al artículo 46 de la ley¹¹, para efectos de la "legitimación" que es la denominación del capítulo II".

Esas exigencias igualmente lo llevan a concluir la naturaleza de interlocutorio del auto que admite la demanda, por que "... el juez tiene la obligación de valorar la procedencia de la acción de grupo, a partir de los requisitos vistos, es decir, que el grupo existe en los términos de la ley (ese es un presupuesto de la acción) y que quien o quienes presentan la acción pertenece o pertenecen a él. No parecería entendible que alguien que no pertenece al grupo de damnificados pudiera representarlos y pudiera hacerlo adecuadamente¹²". Igualmente le permiten afirmar que "... no es suficiente,

¹¹ Equivocadamente la ley se refiere al artículo 47.

¹² Este de la representación adecuada del grupo es un requisito que reviste mucha importancia en la regulación norteamericana de las acciones de clase, y en otros regímenes jurídicos que consagran instrumentos similares. De acuerdo con Juan Vicente SULÁ: "Constitución y Economía". Ed. Abeledo Perrot, págs. 460 y ss., "En los requisitos federales para las acciones de clase se establece que uno o más miembros de una clase puede demandar o ser demandado como representante si (i) la clase es tan numerosa que unir a todos los miembros en demandas individuales es impracticable; (ii) si hay cuestión de derecho o de hecho comunes a la clase; (iii) si las pretensiones o las defensas de los representantes son típicas de las pretensiones o defensas de las clases; y (iv) si los representantes protegerán justa y adecuadamente (*fairly and adequately*) los intereses de la clase" y el mismo autor agrega: "Las normas federales sobre acciones de clase que fueron revisadas y adoptadas fundamentalmente en 1966, han tenido un efecto muy amplio en los Estados Unidos. Allí se establecieron cuatro requisitos que unifican todas las acciones de clase: una gran cantidad de partes en el juicio que hagan impracticable una solución individual, cuestiones comunes de derecho y de hecho, que las pretensiones sean típicas y una representación adecuada".

como sí lo es en las acciones ordinarias, la simple manifestación que hace el actor de su interés para ser admitido en el proceso...”.

En este aspecto no comparto las conclusiones del ponente, específicamente por dos razones: la primera por la naturaleza indemnizatoria de la acción de grupo y la segunda por la despersonalización del daño, elemento que le es propio como distintivo a las acciones de grupo.

2.1. La naturaleza indemnizatoria de esta acción impone que el proceso a través del cual se tramita, esté diseñado para que a lo largo del mismo se discuta y demuestre: i) la existencia de los elementos que estructuran la responsabilidad, esto es, la condición de propietarios o poseedores o cualquiera otra que se haya alegado en la demanda en relación con los miembros del grupo afectado, para reclamar la indemnización, ii) la existencia del daño que se alega sufrido por los demandantes, iii) la existencia de una causa única como generadora del daño, iv) el daño sufrido por quien o quienes actuaron como demandantes, v) la imputabilidad del daño a la entidad demandada.

En los términos del artículo 52 de la Ley 472 de 1998, para que la demanda pueda ser admitida, en ella se debe expresar: el estimativo del valor de los perjuicios que se hubieren ocasionado por la eventual vulneración, el nombre de todos los individuos que integran el grupo o, en su defecto, expresar los criterios para identificarlos y definir el grupo y la justificación sobre la procedencia de la acción de grupo en los términos de los artículos 3 y 49 (mejor 46) de la misma ley, es decir, exponer las razones por las cuales considera que la acción de grupo es procedente, en cuanto se afirme en la misma que el daño sufrido por los demandantes, los cuales no deben ser menos de 20, fueron originados en una causa común. Por lo tanto, para la admisión de la demanda bastará que quienes ejercen la acción aduzcan los requisitos y justificaciones mencionados.

La admisión de la demanda depende de que quien se presente a demandar afirme que es parte de un grupo, del cual asegura la calidad de afectado, sin que el actor tenga la carga de demostrar de entrada, que sufrió un perjuicio individual, ni que el grupo al cual pertenece sufrió un daño, ni que el daño sufrido por el demandante y por el grupo afectado, provienen de una causa común; esos son elementos fácticos objeto de prueba dentro de cualquier proceso indemnizatorio.

El cumplimiento de estos requisitos no está relacionado con el presupuesto procesal de titularidad de la acción a que se refiere el artículo

47 de la ley, norma que la ha depositado en cabeza de cualquiera de los integrantes del grupo, del defensor del pueblo y de los personeros municipales y distritales, quienes solo pueden actuar a petición de uno de los integrantes del grupo.

La diferencia entre la titularidad de la acción y la del derecho sustancial reclamado, impide que el cumplimiento del requisito de que la demanda sea presentada por un integrante del grupo afectado, se entienda satisfecho sólo cuando quien intenta la demanda demuestra con ésta, que existe un grupo de personas que ha resultado afectado con un daño proveniente de una causa común, y que él mismo sufrió un daño individual.

El entendimiento expuesto en la ponencia, exige para la admisión de la demanda la demostración de aspectos propios de una sentencia de fondo favorable, dando al requisito de la titularidad de la acción, las connotaciones del interés para obrar o de la legitimación en causa por activa para obtener sentencia favorable de fondo, requisito este último que corresponde a la demostración dentro del proceso de que se es el titular del derecho reclamado.

La titularidad del interés sustancial es precisamente uno de los puntos objeto de discusión y prueba dentro del proceso declarativo y de pronunciamiento a través de la sentencia de fondo que le pone fin.

Ello no obsta para que el juez pueda exigir al actor que con la demanda identifique a los integrantes del grupo afectado, o señale los criterios que permiten su identificación, buscando la satisfacción de este requisito inclusive por la vía de la inadmisión de la demanda, pero, entiendo que no existe la posibilidad legal de exigir de entrada la prueba de la existencia del grupo, ni de que el actor pertenece al grupo, ni de que el grupo ha sufrido un daño, ni de que el daño proviene de una causa común.

Lo anterior tampoco se opone a que si de las pruebas allegadas con la demanda, el juez determina *prima facie* que el demandante no pertenece al grupo que el mismo señala como afectado, o concluye que el grupo no está integrado al menos por 20 personas, esté en la posibilidad de rechazar la demanda por echar de menos el requisito de titularidad de la acción en el demandante, o por establecer la improcedencia de la acción, en el segundo caso.

La facultad conferida al juez de la acción de grupo de valorar su procedencia está limitada a la verificación de aspectos objetivos como el del número de integrantes del grupo que se dice afectado, o la constatación

de que en la demanda se afirme que efectivamente quien demanda junto con otras diecinueve personas de las cuales suministre sus nombres o criterios para su identificación, padecieron un daño individual derivado de una causa común, y por ello no se puede exigir de entrada el cumplimiento de requisitos propios de una sentencia de fondo favorable.

La distinción entre interés sustancial para que se profiera sentencia de mérito favorable y legitimación en la causa para demandar, permite afirmar que los titulares de la acción a que se refiere el artículo 48 de la Ley 472 de 1998 no necesariamente lo son las personas que tienen interés sustancial para pedir sentencia de fondo favorable, es decir, que sean titulares del derecho sustancial pretendido, habida consideración a que la sentencia les puede resultar desfavorable, lo que no impide el adelantamiento normal del proceso.

Los legitimados en la causa para interponer la acción, en los términos del artículo 47 que se comenta, serán todos aquellos que afirmen ser integrantes de un grupo afectado, mientras que la legitimación en causa para obtener sentencia favorable de fondo, será de aquellos en relación con los cuales se haya demostrado la titularidad del derecho reclamado.

Cabe precisar que la titularidad de la acción no siempre se identifica con la titularidad del derecho sustancial reclamado, aquella no se deriva necesariamente de la relación sustancial con respecto a la cual se tiene interés en la sentencia, porque dicho derecho puede provenir también de la ley¹³. En el caso de la acción de grupo la legitimación se confiere por ley al Procurador y a los personeros municipales y distritales¹⁴.

¹³ Según el mismo autor, la legitimación en la causa respecto del demandante se predica de "la persona que según la ley puede formular las pretensiones de la demanda, aunque el derecho sustancial pretendido por él no exista o corresponda a otra persona". Op cit, pág. 270. Y más adelante resume el concepto, así: "Tener legitimación en la causa consiste en ser la persona que, de conformidad con la ley sustancial, puede formular o contradecir las pretensiones contenidas en la demanda o en la imputación penal, por ser el sujeto activo o pasivo de la relación jurídica sustancial pretendida o del ilícito penal imputado, que deben ser objeto de la decisión del juez, en el supuesto de que aquella o éste existan; o ser el sujeto activo o pasivo de una relación jurídica sustancial que autorice para intervenir en el proceso ya iniciado. Se deja bien en claro que no se trata de la titularidad del derecho o la obligación sustancial, porque puede que estos no existan, y que basta con que se pretenda su existencia; por eso puede ser perfecta la legitimación en la causa, y sin embargo, declararse en la sentencia que dicho derecho y tal obligación o el ilícito penal alegados o imputados no existen realmente" (pág. 279).

¹⁴ En Sentencia C-260 de 2001, la Corte Constitucional precisó que "el legislador, en ejercicio de la competencia que le asigna el artículo 150 de la Constitución para "hacer las leyes", puede establecer quiénes tienen legitimación para presentar cualquier demanda".

2.2. El que el fin perseguido con el ejercicio de la acción de grupo, sea la reparación del daño inferido a un grupo de personas no inferior a 20 y derivado de una causa común, impone que se produzca sentencia condenatoria cuando dentro del proceso se haya demostrado que se ha inferido un daño a un grupo de estas características, y que ese daño es imputable a la demandada.

Es necesario para la sentencia de fondo favorable, la determinación de la existencia de un grupo afectado con una causa común, y la constatación de que ese grupo estuvo integrado al menos por 20 personas, sin que sea requisito, ni siquiera en esa etapa del proceso, la identificación de los individuos que integran el grupo, precisamente como consecuencia de la despersonalización del daño, elemento que caracteriza estas acciones.

El presupuesto de la legitimación en causa por activa para obtener sentencia de fondo favorable, debe demostrarse en relación con el grupo y no con sus integrantes, es decir, la sentencia debe lograr la determinación del número de integrantes del grupo afectado y la cuantificación del daño sufrido por cada uno de ellos, con independencia de que para ese momento procesal se conozca su identidad, la cual bien puede establecerse dentro del proceso o determinarse cuando el integrante del grupo que no estuvo presente en él, pretenda acogerse a los efectos de la sentencia.

Ahora, las pruebas recopiladas en el proceso sí deben permitir el establecimiento de criterios que permitan identificar a los integrantes del grupo afectado. Así, por ejemplo, si el daño por el que se reclama ha sido el defecto presentado por un electrodoméstico producido por determinado fabricante, el juez de la acción de grupo, debe realizar las diligencias tendientes a establecer cuántas fueron las personas afectadas y el valor del daño sufrido por cada una de ellas, es decir cuántos electrodomésticos defectuosos fueron vendidos por el fabricante, sin que necesariamente deba identificar a los compradores que en últimas son los afectados con el daño, situación que corresponde precisamente a lo que la jurisprudencia ha dado en denominar despersonalización del daño, y permite que sea después de la sentencia y ante el Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, cuando se identifique a sus beneficiarios de manera personal y concreta, porque ya han sido identificados de manera genérica, como grupo, desde la sentencia en la que se señalan las pautas para ejercer el derecho de acogerse a la misma.

En consecuencia, para la admisión de la demanda basta con verificar que quien o quienes presentaron la demanda hubieran aducido su calidad de

damnificados de un daño derivado de una causa que produjo daños individuales a por lo menos otras diecinueve personas y que haya identificado o haya suministrado los criterios que permitan identificar a los integrantes del grupo, información que debe corresponder a un grupo integrado al menos por 20 personas. Pero, además, y siguiendo el argumento que antes se propuso, el juez deberá verificar que la acción propuesta sí esté encaminada a los objetivos que se asignan a la acción de grupo.

Como lo ha señalado repetidamente la jurisprudencia del Consejo de Estado, la acción puede ser presentada por cualquiera de los integrantes del grupo, a condición de que lo haga a nombre propio y en el de por lo menos otras 19 personas, las cuales deberán ser identificadas o suministrarse los criterios para su identificación antes de la admisión de la demanda¹⁵. Los demás integrantes del grupo, en el evento de que se supere ese número podrán estar ausentes del proceso y concurrir después de la sentencia sólo ante el Defensor del Pueblo para reclamar la indemnización correspondiente.

En conclusión, frente al estado actual de la legislación, como producto de la inconstitucionalidad declarada en la Sentencia C-569 de 2004 considero necesaria la intervención del legislador para que le permita al juez valorar la procedencia de la acción, con fundamento en criterios como la relevancia social del grupo o del daño, o la efectiva garantía de la adecuada protección de los intereses del grupo, en síntesis, de la existencia de condiciones particulares que lo hagan merecedor de un trato preferencial y sumario.

¹⁵ En auto de 1 de junio de 2000, exp: AG-001, afirmó el Consejo de Estado: *"De conformidad con lo establecido en los artículos 3 y 46 de la Ley 472 de 1998, la acción de grupo deberá ser interpuesta por un número plural o un conjunto de personas que reúnan condiciones uniformes respecto de una misma causa que les originó un perjuicio. Este grupo de personas no podrá ser inferior a 20, según la última disposición.*

"Ahora bien, el párrafo del artículo 48 ibídem establece que **el actor o quien actúe como demandante** "representa a las demás personas que hayan sido afectadas individualmente por los hechos vulnerantes, sin necesidad de que cada uno de los interesados ejerza por separado su propia acción, ni haya otorgado poder".

"Por su parte, el numeral 4 del artículo 52 de la misma ley establece como requisito de la demanda, que el actor proporcione los nombres de quienes integran el grupo, o al menos suministre los criterios para identificarlos.

"Al armonizar estas disposiciones, concluye la Sala que si bien la acción puede ser interpuesta por una sola persona, ésta no puede actuar en nombre de un grupo inferior a 20 personas, las cuales deberán individualizarse en la misma demanda, o identificarse con antelación a su admisión, a partir de los criterios que señale el actor".

Sería importante que el juez de la acción de grupo pudiera llegar a la conclusión de que por el número de demandantes, las condiciones del grupo que padeció el daño o la relevancia social del mismo, la vía procesal más idónea para hacer las reclamaciones indemnizatorias es la acción de grupo.

3. Inaplicación de la prescripción o caducidad establecida en el artículo 55 de la Ley 472

Afirma el expositor que el artículo 55 de la Ley 472 en cuanto establece que quien no concurra al proceso podrá acogerse al fallo dentro de los 20 días siguientes a su publicación, siempre que su acción no haya prescrito y/o caducado, resulta absurdo porque la acción se ejerció en nombre de todos los integrantes del grupo y por lo tanto, la acción que se ejerció en tiempo los beneficia, salvo cuando han solicitado su exclusión. Concluye que esa exigencia vulnera el derecho de acceso a la administración de justicia del damnificado.

Comparto igualmente el criterio del expositor en el sentido de que el integrante del grupo que desee acogerse a los efectos de la sentencia, puede hacerlo dentro de los veinte (20) días siguientes a su publicación, sin consideración a términos individuales de caducidad o prescripción, como lo establece el artículo 55 de la Ley 472, habida cuenta de que la presentación de la demanda por uno de los integrantes del grupo, dentro del término establecido en el artículo 47 de la ley, esto es dentro de los dos años siguientes a la fecha en que se causó el daño o cesó la acción vulnerante causante del mismo, impide la consolidación del fenómeno de la caducidad, en relación con todo el grupo afectado.

Absurdamente el artículo 55 comentado, al establecer la posibilidad de quien no ha intervenido en el proceso, de acogerse a los efectos de la sentencia condenatoria, dentro de los veinte días siguientes a su publicación, establece como límite para el integrante del grupo que no habiendo estado presente en el proceso, concurra en busca de acogerse a los efectos de la sentencia, que se presente siempre y cuando su acción no haya prescrito o caducado. Dice en lo pertinente esa disposición:

“Integración del grupo. 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 concurra 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..." (se subraya).

La norma transcrita plantea una serie de dificultades en su aplicación por parte del juez popular, en tanto el segmento subrayado resulta inconsistente con el resto del ordenamiento jurídico: Mientras que a lo largo del articulado de la Ley 472, en perfecta conformidad con la Constitución Política, la idea constante es la vinculación forzosa al proceso de todas las personas que hayan resultado afectadas con el daño proveniente de una causa común, que ha dado lugar al ejercicio de la acción de grupo, disponiéndose los efectos de la sentencia frente a todos y no sólo en relación con quienes acuden al proceso, e impidiendo el ejercicio de acciones individuales indemnizatorias, a menos que se haya logrado la exclusión del grupo, o hayan sido instauradas antes que la de grupo, esta norma en contravía solo permite reclamar indemnización a quienes se presenten manifestando su voluntad de acogerse a la sentencia, dentro de sus términos individuales de prescripción o caducidad.

En efecto, como ya se advirtió, las acciones de clase o grupo buscan proteger derechos subjetivos que si bien pertenecen a un conjunto de personas, pueden ser también objeto de acciones individuales para el resarcimiento de cada una de ellas¹⁶, sobre la base de la existencia y demostración de un perjuicio causado a un número plural de personas y cuya reparación e indemnización resarcitoria se pretende obtener mediante una acción judicial conjunta de los afectados¹⁷.

Igualmente es admitido sin discusión que las acciones previstas en el inciso segundo del artículo 88 Constitucional tienen por objeto garantizar la eficiencia de la justicia, al conceder la oportunidad para que en un solo

¹⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-215 de 1999, M.P. Martha SÁCHICA.

¹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-1062 de 2000, M.P. Álvaro Tafur, en el mismo sentido C-215 de 1999, M.P. Martha SÁCHICA.

proceso, se resuelva sobre varias pretensiones que tienen elementos comunes y que permiten su decisión en una misma sentencia¹⁸. De modo que con la introducción en la Constitución de esta garantía judicial, se pretendió dotar a las personas de un mecanismo ágil, que permitiera a las mismas optar por acogerse a él o ejercer, dentro de los términos legales, las acciones individuales respectivas. De allí que el acceso a la justicia (229 C.P.) fuera una de las motivaciones tanto del constituyente como del legislador al prever y desarrollar, respectivamente, este instrumento de protección judicial de los derechos.

En tal virtud, si se acude al contexto mismo de la Ley 472, que ilustra el sentido indicado desde la Constitución y dota de correspondencia y armonía entre cada uno de sus dispositivos (art. 30 del C.C.), de la lectura armónica de sus preceptos se tiene que las acciones de clase o de grupo se concibieron para hacer efectiva la reparación de cada uno de los miembros del grupo atendiendo razones de economía procesal¹⁹.

Así pues, la Constitución en su artículo 88 defirió al legislador la regulación de "*las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares*" (se subraya), con esta perspectiva la Ley 472 dispuso en su artículo 3º:

"Art. 3.- ACCIONES DE GRUPO. Son aquellas acciones interpuestas por un **número plural o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes** respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas. Las condiciones uniformes deben tener también lugar respecto de todos los elementos que configuran la responsabilidad.

La acción de grupo se ejercerá exclusivamente para obtener el reconocimiento y pago de indemnización de los perjuicios". (Subrayas fuera de texto original).

De modo que las acciones se enderezan a resarcir un perjuicio ocasionado a un número plural de personas, que la ley fijó en un mínimo de veinte. En una palabra se trata de acciones de naturaleza eminentemente indemnizatoria²⁰ la cual se configura "*a partir de la preexistencia de un*

¹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-215 de 1999, M.P. Martha SÁCHICA.

¹⁹ *Ibíd.*

²⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-215 de 1999, M.P. Martha SÁCHICA.

daño que se busca reparar pecuniariamente y en forma individualizada, **por todos aquellos que se han visto afectados**²¹ (He subrayado).

En consonancia con la norma referida, el artículo 46 de la Ley 472 establece –en forma por demás reiterativa–:

“Artículo. 46. Procedencia de las acciones de grupo. Las acciones de grupo son aquellas acciones interpuestas por un **número plural o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes** respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas. Las condiciones uniformes deben tener también lugar respecto de los elementos que configuran la responsabilidad.

La acción de grupo se ejercerá exclusivamente para obtener el reconocimiento y pago de indemnización de los perjuicios.

El grupo estará integrado al menos por veinte personas”. (Subrayas fuera de texto original).

Esas *condiciones uniformes* en un número plural de personas, a las que aluden los artículos 3 y 46 citados, implican que las personas afectadas deben compartir la misma situación respecto de la causa que originó los perjuicios individuales²².

En cuanto se refiere a la legitimación por activa quien instaura la acción de clase o grupo lo hace para reclamar el resarcimiento de perjuicios por la totalidad del grupo afectado²³. La Ley 472 se concibió entonces, de conformidad con la Constitución, para facilitar el estudio dentro de un mismo proceso de causas signadas por la identidad en las pretensiones y los hechos, lo mismo que por la unidad en la causa del daño, es por ello que el diseño legislativo se perfiló, en consonancia con la Carta, para estudiar y resolver bajo una misma unidad procesal²⁴ estos eventos, o como ha dicho la Corte Constitucional: “*Un procedimiento así establecido apunta a garantizar el resarcimiento de aquellos perjuicios bajo el entendido de que a igual supuesto de hecho, igual debe ser la consecuencia jurídica*”²⁵.

²¹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-1062 de 2000, M.P. Álvaro Tafur.

²² CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-1062 de 2000, M.P. Álvaro Tafur

²³ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-1062 de 2000, M.P. Álvaro Tafur.

²⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-1062 de 2000, M.P. Álvaro Tafur.

²⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-1062 de 2000, M.P. Álvaro Tafur.

Con esa perspectiva, conforme a la técnica de interpretación sistemática forzoso es entender que cuando el artículo 47 determina que, sin perjuicio de la acción individual, la acción debe promoverse dentro de los dos años siguientes a la fecha en que se causó el daño o cesó la acción vulnerante causante del mismo, no se opera el fenómeno de la caducidad en relación con la acción de grupo si uno de sus integrantes, con el lleno de los requisitos de ley, la interpone en tiempo. Y no se opera tal fenómeno, no solo para quien o quienes han actuado como demandantes, sino para todo el grupo afectado que por disposición legal, forzosamente ha quedado vinculado al proceso.

Tan claro es el interés del legislador –siguiendo los presupuestos constitucionales– por solucionar, bajo una misma cuerda procesal las controversias que surjan del daño proveniente de una misma causa, que otras normas se ocupan de confirmar este aserto. Veamos:

El parágrafo del artículo 48, que regula la titularidad de la acción, estatuye:

“Parágrafo. En la acción de grupo el actor o quien actúe como demandante, representa a las demás personas que hayan sido afectadas individualmente por los hechos vulnerantes, sin necesidad de que cada uno de los interesados ejerza por separado su propia acción, ni haya otorgado poder”.

A su vez, el artículo 52 de la misma ley dispone, dentro de los requisitos de la demanda, que si no fuere posible proporcionar el nombre de **todos** los individuos de un mismo grupo, debe expresarse los criterios para identificarlos y definir el grupo.

Por su parte, el artículo 53 *eiusdem* –al ocuparse de la notificación de la admisión de la demanda– pone de presente que a los miembros del grupo se les informará a través de un medio masivo de comunicación o de cualquier mecanismo eficaz “habida cuenta de los eventuales beneficiarios”.

A su turno, el artículo 56, en la misma línea de los preceptos indicados, prescribe que para ser excluido del grupo, cualquiera de los miembros del mismo podrá manifestar la intención de ser excluido y en consecuencia no ser vinculado por el acuerdo de conciliación o por la sentencia, según el caso (este precepto es reiterado por la parte inicial del artículo 61 *eiusdem*). Al mismo tiempo la norma señala los casos en que un miembro del grupo no quedará vinculado por la sentencia, y concluye en forma categórica este precepto:

“... Transcurrido el término sin que el miembro así lo exprese, los resultados del acuerdo o de la sentencia lo vincularán. Si decide

excluirse del grupo, podrá intentar acción individual por indemnización de perjuicios”.

Al paso que, el artículo 61, atinente a la diligencia de conciliación, la cual tiene lugar según la norma “*dentro de los cinco días siguientes al vencimiento del término que tienen los miembros del grupo demandante para solicitar su exclusión*”, ordena al juez publicar el acuerdo de conciliación en un medio de comunicación de amplia circulación nacional.

En tanto que, al regular el contenido de la sentencia, el artículo 65 preceptúa que la sentencia que ponga fin al proceso y acoja las pretensiones incoadas debe contener la suma ponderada de las indemnizaciones individuales (num. 1º), lo mismo que el señalamiento de los requisitos que deben cumplir los beneficiarios que han estado ausentes del proceso a fin de que puedan reclamar la indemnización correspondiente, la publicación de un extracto de la sentencia en diario de amplia circulación nacional, dentro del mes siguiente a la ejecutoria con la prevención a los lesionados que no concurrieron al proceso para que se presenten dentro de los veinte días siguientes a dicha publicación, para reclamar la indemnización.

Igualmente, el artículo 66 pone de presente que la sentencia tendrá efectos de cosa juzgada respecto de quienes fueron parte del proceso lo mismo que de las personas que perteneciendo al grupo interesado no manifestaron oportuna y expresamente su decisión de excluirse del grupo (art. 56).

En este orden de ideas el aparte “**y siempre y cuando su acción no haya prescrito y/o caducado**” del artículo 55 de la Ley 472 es abiertamente incompatible con la Constitución, pues una simple lectura del texto basta para advertir la oposición flagrante a los mandatos constitucionales contenidos en los artículos 13 y 229, por lo que el juzgador cuando se enfrente a este precepto debe optar por inaplicarlo.

En efecto, la preceptiva transcrita prevé un trato discriminatorio injustificado respecto del integrante del grupo que no haya concurrido al proceso, en el evento en que la sentencia sea condenatoria pues dispone que éste no podrá presentarse a reclamar si su acción ha prescrito o caducado. Por el contrario, si la sentencia es absolutoria, la providencia lo cobija sin evaluar si la acción se encuentra o no prescrita o caducada, lo cual le impediría al afectado ejercitar su acción individual.

De modo que la ley establece una diferenciación de trato ilegítima, esto es, desprovista de justificación objetiva y razonable, en términos de la

jurisprudencia constitucional²⁶, al dar un tratamiento diverso a dos hipótesis que deberían tener idéntica solución por parte del legislador²⁷. Se trata, pues, de una oposición grave entre dicha disposición legal y el artículo 13 Constitucional, antagonismo evidente que comporta simultáneamente la oposición grave del artículo 229 *eiusdem*, en tanto al prever tratamientos discriminatorios, impide de paso el acceso igualitario a la administración de justicia, pendiendo ello de la suerte del proceso, lo cual a todas luces resulta inadmisibles.

Por lo demás, el segmento normativo arriba indicado del artículo 55 de la Ley 472 impide también el acceso a la administración de justicia (art. 229 C.P.) por cuanto mientras el texto de la ley en perfecta simetría con la Constitución, está encaminado a evitar el ejercicio de acciones indemnizatorias individuales, a menos que se logre la exclusión del grupo, en el aparte que se analiza se impide a quienes no se hicieron parte en el curso del proceso, obtener la indemnización de perjuicios a que la sentencia condenó en su favor, con el argumento de que la reclamación debe hacerse dentro de su propio término de caducidad o prescripción, cuando no depende del afectado la determinación del momento en el cual se produce la sentencia, en otras palabras la determinación del momento para acogerse a los efectos de la sentencia. Ello depende de factores externos tales como la congestión propia de la función judicial que impide el cumplimiento de los términos judiciales.

En tal virtud, la ruptura entre el segmento normativo destacado del artículo 55 de la Ley 472 de 1998 y los artículos 13 y 229 Constitucionales es ostensible, por lo cual debe ser retirado del ordenamiento jurídico y en el entretanto el juez no tiene camino distinto que optar por las disposiciones constitucionales, en acato a la regla prevista en el artículo 4 de la Constitución Política, el cual prevé la aplicación constitucional preferente aún frente a disposiciones imperativas, cuando quiera que estas resulten incompatibles con la Carta.

Cabe destacar que esta inaplicación es procedente, a pesar de mediar dos pronunciamientos de constitucionalidad sobre ese artículo, pues si bien el primero de ellos (C-215 de 1999) declaró exequible todo el artículo, lo cual

²⁶ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-511 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

²⁷ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencias C-530 de 1993, M.P. Alejandro Martínez y C-022 de 1996, M.P. Carlos Gaviria.

podría dar lugar a pensar que en este caso media una decisión de cosa juzgada absoluta, lo cierto es que con posterioridad la propia Corte Constitucional reabrió el debate de constitucionalidad de la norma en Sentencia C-1062 de 2000, bajo el entendido de que el primer fallo tenía efectos solamente de cosa juzgada relativa, lo que le permitió pronunciarse de fondo sobre cargos que no habían sido objeto de pronunciamiento en la primera providencia citada. El aspecto que aquí se cuestiona no ha sido objeto de pronunciamiento en las sentencias de constitucionalidad mencionadas.

4. La exclusión del grupo

Comenta al respecto la ponencia que esa posibilidad se limita a dos eventos, uno la solicitud de exclusión sin más requisito que la manifestación expresa en tal sentido, que se presenta dentro de los cinco días siguientes al vencimiento del término de traslado de la demanda, y dos aquella que se da después de la sentencia y previa comprobación por parte del solicitante, de que sus intereses no fueron representados en forma adecuada por el representante del grupo o de que hubo graves errores en la notificación. Entiendo que también se predica la exclusión de quienes han iniciado acciones individuales antes de la presentación de la acción de grupo.

En efecto, el parágrafo del artículo 48 de la ley reguladora del tema, define las personas frente a quienes produce efectos de cosa juzgada la sentencia, así: *"la sentencia tendrá efectos de cosa juzgada en relación con quienes fueron parte del proceso y de las personas que, perteneciendo al grupo interesado, no manifestaron oportuna y expresamente su decisión de excluirse del grupo y de las resultas del proceso"* (66). En consecuencia, cualquier miembro del grupo de los afectados que no desee quedar vinculado por el acuerdo conciliatorio o la sentencia, deberá solicitar en forma expresa su exclusión, dentro de los cinco días siguientes al vencimiento del término de traslado de la demanda, o con posterioridad a la expedición de la sentencia, siempre que en el segundo evento demuestre que *"sus intereses no fueron representados en forma adecuada por el representante del grupo o que hubo graves errores en la notificación"*, eventos en los cuales los excluidos quedan facultados para intentar una acción individual por indemnización de perjuicios (56).

De conformidad con lo establecido en los artículos 47 y 55 inciso final de la Ley 472, debe entenderse como excluidos del grupo sometido al proceso iniciado en ejercicio de la acción grupo, a aquellos afectados que antes de la admisión de la demanda hayan ejercido su acción individual.

En efecto, cuando el artículo 47 establece el término para promover la acción de grupo, comienza por dejar a salvo el derecho de los integrantes del grupo afectado, a ejercer las acciones individuales indemnizatorias de que son titulares. Señala la norma:

“Caducidad. Sin perjuicio de la acción individual que corresponda por la indemnización de perjuicios, la acción de grupo deberá promoverse dentro de los dos (2) años siguientes a la fecha en que se causó el daño o cesó la acción vulnerable causante del mismo”.

Tal derecho debe entenderse limitado en el tiempo por la formulación y admisión de la acción de grupo, dado que una vez admitida ésta, el proceso vincula a todos los afectados que no hubieran presentado demandas en ejercicio de acciones individuales, porque si ya las formularon, el proceso iniciado en ejercicio de la acción de grupo sólo los vinculará si expresamente el interesado pide su acumulación a la acción de grupo, conforme lo dispone la ley en el inciso final del artículo 55:

“... 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 acción individual y se acogerá a los resultados de la acción de grupo”.

En conclusión, todos los afectados por una causa común quedan afectados con la sentencia que se profiera en una acción de grupo, a menos que antes de la admisión de la demanda formulada en ejercicio de la acción de grupo hayan ejercido la acción indemnizatoria individual, o que dentro de los términos establecidos en la ley, soliciten expresamente su exclusión; aceptada ésta podrán intentar, no otra acción de grupo, sino una acción individual por indemnización de perjuicios, en la medida en que los términos para accionar no hayan vencido.

5. Desnaturalización de la acción

Comenta la ponencia que “No existe en la ley disposición alguna relativa a la permanencia de la acción si, en el curso del proceso, se establece que los requisitos de procedibilidad desaparecieron; por ejemplo, porque es tal el número de exclusiones del grupo que la acción intentada, como de grupo, quede completamente desnaturalizada²⁸. En cambio, cuando el Consejo

²⁸ Según lo cuenta SULÁ, “Para ser mantenida como una acción de clase el tribunal debe tener en cuenta varios puntos alternativos. En principio, la acción debe evitar que

de Estado ha advertido, incluso al momento de resolver el recurso de apelación del fallo de primera instancia, que el procedimiento propio de la acción de grupo nunca se debió imprimir, con fundamento en el numeral 6 del artículo 144 del CPC, tal cual quedó después de la inexecutable declarada por la Sentencia C-407-97, declara la nulidad de lo actuado y dispone la adecuación de la acción a la que resulte procedente²⁹.

Entiendo que la disminución como consecuencia del ejercicio del derecho de exclusión, a menos de 20, de las personas vinculadas al proceso iniciado en ejercicio de la acción de grupo, no genera nulidad de lo actuado por trámite inadecuado, y que solo podrá hablarse de tal nulidad cuando en el curso del proceso se establece que el número de afectados por la causa común, era inferior a 20 y por tanto la reclamación indemnizatoria debió intentarse a través de una acción indemnizatoria individual.

Los requisitos de procedibilidad de la acción deben ser observados al momento de presentación de la demanda, y por ende las incidencias que se presenten en el curso del proceso no tienen la virtualidad de afectarlos.

La procedencia de la acción de grupo está determinada únicamente por la existencia de un grupo integrado al menos por 20 personas que hayan sido afectadas por una causa común. El cumplimiento de ese requisito permite a cualquiera de los integrantes del grupo, ejercer la acción a nombre de todo el grupo, y determina el trámite del proceso breve y sumario que el legislador estableció para estas acciones, y al cual le son propias las posibilidades de ejercer el derecho de exclusión, sin que ello lleve consigo la desnaturalización de la acción, que tiene como sustrato esencial la reclamación de indemnización para un grupo de personas no inferior a 20 que haya sido afectado con una causa común, y no una sentencia cuyos efectos se extiendan por los menos a 20 personas.

otras demandas de miembros individuales puedan crear un riesgo de fallos inconsistentes que establezcan estándares incompatibles de conducta para la parte que enfrente en juicio a la clase. O que estos casos individuales dispongan de los intereses de los otros miembros de esos procesos o impidan sustancialmente su habilidad de proteger sus intereses. Tampoco se mantiene la acción de clase si la demandada ha dado una compensación a la clase como un todo. Para mantener la acción de clase el juez debe establecer que las cuestiones de hecho o de derecho comunes a los miembros de la clase predominan sobre las cuestiones que afectan a los miembros individuales y que la acción de clase sea superior a todos los otros medios existentes para una decisión justa y eficiente de la controversia". (Op. Cit. Pág. 469).

²⁹ Al respecto ver, por ejemplo, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto del 4 de septiembre de 2003. Expediente No. AG 0031.

Cabe recordar que la titularidad de la acción la tiene cualquiera de los integrantes del grupo afectado, que por el hecho de pertenecer al mismo, tiene derecho a optar, para reclamar la indemnización que le corresponde, por acudir a la acción reparatoria individual o por reclamar a través del procedimiento breve sumario y preferencial que se ha establecido para la acción de grupo, dirigiendo sus pretensiones no solo en su favor sino en el del grupo afectado. Ahora bien, el derecho de exclusión marca la posibilidad de que los demás integrantes del grupo decidan separarse del proceso e intentar acciones individuales, sin que ello conlleve afectación para quien o quienes como legítimos titulares de la acción de grupo, decidieron optar por ese medio procesal.

Así, no queda desnaturalizada la acción cuando como consecuencia del ejercicio de acciones individuales o del derecho de exclusión, el número de personas al que vincula la sentencia es inferior a 20, porque ese mínimo de afectados es requisito para la procedencia de la acción y no está determinado como un requisito para la procedencia de la sentencia de fondo.

Es más al proferir sentencia, el juez desconoce cuántas acciones individuales han sido intentadas. Por ello entiendo como una afortunada prescripción del legislador, la orden de devolver al demandado el remanente que resulte después de pagar indemnizaciones.

Situación diferente es que en el curso del proceso se verifique que el grupo afectado realmente no estaba compuesto por 20 integrantes, caso en el cual se revela la improcedencia de la acción de grupo y la existencia de un trámite inadecuado, generador de la nulidad de lo actuado.

6. Naturaleza de las decisiones del Fondo para la Defensa de Derechos e Intereses Colectivos, frente a las solicitudes de quienes deseen acogerse a los efectos de la sentencia

Se afirma en la ponencia que la decisión que toma la Defensoría del Pueblo frente a las solicitudes que le formulen oportunamente quienes no intervinieron en el proceso es de naturaleza administrativa y no un mero acto de ejecución porque ella resuelve un derecho de petición, y por tanto, proceden las acciones contencioso administrativas en su contra, aunque reconoce el ponente, esto no se compadece con el principio de economía procesal, que busca privilegiar la acción de grupo.

Comparto con el ponente el criterio de que el trámite de las reclamaciones que se adelantan ante la Defensoría del Pueblo es de naturaleza

administrativa, dado que entiendo que la de grupo es una acción cuyo proceso tiene un trámite mixto, al agotarse en dos fases, la primera judicial y la segunda en sede administrativa. Discrepo en cambio en cuanto a la naturaleza de acto administrativo susceptible de control judicial a través de las acciones ordinarias, que en la ponencia se reconoce al acto en virtud del cual el Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, se pronuncia sobre las solicitudes presentadas oportunamente por quienes no fueron parte del proceso, para reconocer el pago de la indemnización, previa comprobación de los requisitos exigidos en la sentencia para demostrar que forma parte del grupo en cuyo favor se decretó la condena.

La naturaleza mixta del proceso determina que al juez, en la primera fase, le corresponde establecer la responsabilidad de la entidad demandada, constatando la ocurrencia del hecho dañino y del daño, y determinando su imputabilidad a la demandada, lo cual da lugar a que realice un cálculo ponderado de su reparación, a cuyo pago condena a favor de los afectados, que en virtud de la despersonalización del daño que caracteriza estas acciones, bien pueden haber sido completamente identificados dentro del proceso, en caso de que el material probatorio aportado así lo haya permitido, o en caso contrario el juez debe proceder a establecer los criterios para su identificación, la cual se realizará finalmente por el Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, con fundamento en los parámetros establecidos en la sentencia, en la que además se definirá la distribución del monto de la condena impuesta, distribución que podrá ser revisada por el mismo juez, por una sola vez, cuando el estimativo de los integrantes del grupo o el monto de las indemnizaciones fuere inferior a las solicitudes presentadas ante ese Fondo (art. 65-3 Ley 472 de 1998).

La calidad de beneficiario que se ostenta en relación con los efectos de la sentencia proferida para decidir el proceso tramitado en ejercicio de una acción popular, viene definida desde la sentencia, en la cual o bien se han identificado todos los integrantes del grupo, o bien se han establecido con precisión los criterios que permiten identificar al integrante del grupo que tiene derecho a acogerse a los efectos de la sentencia. Así lo indican las disposiciones contenidas en los numerales 2 y 3 del artículo 65 de la ley, previsiones legislativas consecuentes con las finalidades perseguidas con la acción de grupo.

En efecto el numeral 2 del artículo 65, establece como parte del contenido de la sentencia, el señalamiento de los requisitos que deben cumplir los beneficiarios que han estado ausentes del proceso a fin de que puedan reclamar la indemnización correspondiente, y en la misma

vía el numeral 3-b, establece que mediante acto administrativo se reconocerá el pago de la indemnización previa comprobación de los requisitos exigidos en la sentencia para demostrar que forma parte del grupo en cuyo favor se decretó la condena.

Cabe precisar que en conformidad con el mismo artículo 65, la sentencia de condena debe ordenar el pago de una indemnización colectiva, que contenga la suma ponderada de las indemnizaciones individuales, y que en estas últimas están comprendidas las de aquellos integrantes del grupo que se presentaron al proceso como demandantes o antes de la apertura a pruebas³⁰, así como las de quienes a pesar de pertenecer al grupo afectado no se hicieron presentes al proceso.

En relación con los primeros, es decir aquellos que actuaron como demandantes o manifestaron expresamente su intención de acogerse al proceso antes de la apertura a pruebas, la sentencia debe individualizar el monto de la indemnización a que tienen derecho, habida cuenta de que inclusive pueden haber reclamado por daños extraordinarios y la función del FDDIC, se limita a entregarles la suma que haya sido depositada en su favor. En relación con quienes no han intervenido en el proceso, el Fondo además debe constatar el cumplimiento de dos requisitos concurrentes, uno la presentación oportuna de la solicitud de acogerse a los efectos de la sentencia, y dos el cumplimiento de los requisitos establecidos claramente en la sentencia para beneficiarse de la condena impuesta en ella.

No se le ha atribuido al Fondo competencia diferente a ejecutar los términos de la sentencia, es decir su actuación está circunscrita a la realización de meros actos de ejecución de la sentencia, de cuyos parámetros no puede separarse. Encuentro que esta última etapa, de naturaleza eminentemente administrativa por estar atribuida a una autoridad de esta naturaleza, sin que la ley la haya establecido como judicial³¹ está conformada solo por actos de ejecución de la orden contenida en la sentencia, en virtud de la cual el Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, se encarga de administrar el dinero que le ha consignado la entidad estatal que resultó condenada y de repartirlo entre los beneficiarios de la condena.

³⁰ Así lo dispone el artículo 55 *eiusdem*.

³¹ En los términos del artículo 116 superior, la ley puede atribuir funciones jurisdiccionales a autoridades administrativas, pero así debe señalarlo expresamente.

No es la decisión del Fondo la que determina la calidad de beneficiario del reclamante que pretende acogerse a los efectos de la sentencia. Esa decisión viene adoptada desde la sentencia que fue la que se encargó de señalar quiénes tendrían tal calidad, al determinar de manera concreta, precisa y detallada, los requisitos que deben reunir quienes que se presenten con tal reclamación. El Fondo se limita como ejecutor de la sentencia a aplicar sus términos, esto es, a reconocer como beneficiarios de la condena, sólo a quienes hayan satisfecho los requisitos establecidos en la sentencia, como criterios identificadores del grupo afectado.

En este orden de ideas el acto que profiera negándose la reclamación no es susceptible de acción ordinaria de revisión de legalidad, porque esa solución contraría la finalidad de la acción de que sea tramitada a través de un proceso ágil y breve. Ahora bien, la solución debe ser legislativa para que así como se permite al juez revisar la distribución de la condena que dispuso en la sentencia, debe permitírsele igualmente que revise, a petición del interesado, la decisión de negar la calidad de beneficiario al reclamante que no hizo parte del proceso.

En efecto el numeral 2 del artículo 65, establezca como parte del contenido de la sentencia, el señalamiento de los requisitos que deberán cumplir los interesados para ser reconocidos como beneficiarios de la condena. En tal caso, el juez podrá revisar la decisión que profiera el Fondo de