

LA INTEGRACIÓN DEL GRUPO EN LAS ACCIONES DE GRUPO

Comentarios a la ponencia del doctor Ramiro Bejarano Guzmán sobre las Acciones de Grupo en el XXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal.

DR.: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ*

La labor que nos fue encomendada por el presidente del Instituto fue la de realizar un comentario a la ponencia presentada por el doctor **RAMIRO BEJARANO GUZMÁN**, en la cual se analizan varios aspectos controversiales relativos al trámite de las ACCIONES DE GRUPO y fue titulada por el citado profesor como *"Divagaciones sobre la Acción de Grupo"*.

Los temas tratados por el doctor **BEJARANO GUZMÁN** en su interesante disertación, giran alrededor de un aspecto que, por su importancia, hemos decidido tratar en forma preponderante en esta exposición, que es la denominada *"integración del grupo"* en este tipo de acciones. El doctor **BEJARANO** trae a colación la regulación de la propuesta en el Código Modelo de Procesos Colectivos preparado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (CMPCI) y hace una comparación entre dicha regulación y la dispuesta en nuestra Ley 478, la cual nos permite concluir que de los dos estatutos no es exclusivamente el número de personas lo que determina la procedencia de esta acción.

La jurisprudencia del Consejo de Estado de Colombia, que en este punto algunos calificaron de **restrictiva** y que consistía en establecer que las Acciones de Grupo no procedían indiscriminadamente respecto de cualquier grupo de víctimas, teniendo en cuenta exclusivamente su número, fue declarada inconstitucional por la Corte Constitucional en la sentencia

* Abogado en ejercicio. Profesor de responsabilidad civil y del Estado de la Universidad del Rosario. Conjuez de la Sección Tercera del Consejo de Estado y de la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá. Árbitro de la lista oficial de la Cámara de Comercio de Bogotá. Miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Trabajo presentado en el XXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal.

C-569 de 2004, en la cual se concluyó que cualquier requisito que restringiera su procedencia atentaba contra el derecho de acceso a la administración de justicia.

A partir de lo anterior, se viene sosteniendo que al Juez le está vedado exigir cualquier requisito distinto del número de víctimas para la integración del grupo y creemos que esta conclusión es equivocada; que ella no puede deducirse del alcance de la infortunada decisión adoptada por la Corte Constitucional, porque dicha sentencia se refirió exclusivamente a un artículo de la ley; y consideramos que la interpretación sistemática y razonable de la totalidad del texto de la Ley 472 de 1998, permite llegar a la conclusión contraria.

La posición asumida por la Corte Constitucional que se traduce en permitir su ejercicio en todos los eventos en los cuales exista un número plural de víctimas, puede generar el efecto contrario, pues cuando una acción se ejerce indiscriminadamente para solucionar los conflictos para los cuales ella no estaba prevista termina por desnaturalizarse; pierde el propósito para el cual ella fue concebida; y sobre todo, termina mostrándose como un instrumento no idóneo para resolver dichos conflictos.

Pensamos que, el principio expuesto por la jurisprudencia del Consejo de Estado para limitar el ámbito de las Acciones de Grupo, bajo la consideración de que *"ninguna acción puede sustituir a otra"* porque *"en cada caso debe identificarse el interés que se pretende proteger para definir cuál es el mecanismo de defensa judicial procedente"* debe continuar aplicándose al decidir en qué casos procede dicha acción. En lugar de considerar que en todos los casos en que un grupo superior a 20 personas que ha sufrido un daño tiene legitimación para promover una acción de grupo la jurisprudencia debe fijar el exacto alcance de este tipo de acción para lograr el propósito que la Constitución Política buscó con este novedoso instrumento.

El tema que abordó y que aparentemente solucionó la Corte Constitucional en la sentencia C-569 de 2004 y que consiste en determinar si para la procedencia de la acción de grupo se requiere de la existencia de un grupo con condiciones o con características particulares, no es sencillo y ello lo

¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 17 de mayo de dos mil uno (2001). Expediente No: **85001-23-31-000-2000-0013-01**. Actor: **LUIS GERMÁN CAMARGO HERNÁNDEZ Y OTROS**. Demandado: **EMPRESA DE ENERGÍA DE BOYACÁ**. Ponente: Dr. Ricardo Hoyos Duque.

evidencia, no sólo la experiencia en el derecho comparado, sino la propia jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado que venía decantando el punto con el propósito de delinear adecuadamente cuáles eran los eventos en los que realmente la acción de grupo era el procedimiento adecuado para reclamar daños a un número plural de víctimas.

Es cierto, como se advierte en la ponencia del doctor **RAMIRO BEJARANO**, que este es el *"problema sustancial más importante e innovador"* de este tipo de acciones. Por tal razón creemos firmemente que en virtud de una sentencia de la Corte Constitucional resulta absurdo eludir la discusión de ese problema y terminar dándole a la Acción de Grupo el mismo alcance de la acumulación de pretensiones.

La tesis acogida luego de la sentencia de la Corte Constitucional implica:

a.- Considerar que la única circunstancia que caracteriza el grupo es la suma de derechos individuales.

b.- Considerar que lo único que persiguen las Acciones de Grupo es lograr la economía del proceso y lograr evitar sentencias contradictorias.

Esta visión, a nuestro modo de ver es equivocada porque en ella la Acción de Grupo se asimila a la acumulación de pretensiones y se desconoce su característica esencial, que es el efecto ultrapartes de la sentencia que en ella se profiere. Por esta razón en el desarrollo de la presente exposición trataremos simplemente de señalar las razones que deberían llevarnos a replantear un tema que pareciera haber sido clausurado por una sentencia de la Corte Constitucional a la cual no puede dársele semejante alcance. Pretendemos también incluir las opiniones recogidas tanto de la doctrina como de la jurisprudencia que nos han parecido absolutamente fundamentales para contextualizar el debate.

I. La particularidad del grupo de víctimas en la Acción de Grupo

1.- La primera cuestión que debemos formularnos para desarrollar estas reflexiones es si el **grupo de la acción de grupo debe tener características particulares:**

Una primera tesis, que aparentemente es la adoptada por el Consejo de Estado como consecuencia de la sentencia de la Corte Constitucional, se traduce en afirmar, en síntesis, que la acción de grupo regulada en la Ley 472 de 1998 está prevista para cualquier grupo superior a veinte personas que haya sufrido un daño.

Una segunda tesis, consiste en afirmar que la acción de grupo no está prevista para todos los casos en los que un grupo superior a veinte personas haya sufrido un daño. Si ello es así, tendremos que preguntarnos entonces cuáles son las características que debe reunir dicho grupo para que pueda impetrar una Acción de Grupo.

En otros términos, debemos preguntarnos si la acción de grupo está establecida para todos los grupos mayores de 20 víctimas que han sufrido un daño o si sólo está establecida para ciertos y determinados grupos.

2.- La cuestión puede resolverse de un modo simple, como se hizo en la demanda que dio origen a la sentencia C-569 de la Corte Constitucional, en la que se expresó que, toda vez que la ley no establecía ningún requisito especial para el grupo de personas (distinto de ser mayor de 20), resultaba inconstitucional y violatorio del derecho de acceso a la justicia, exigir cualquier requisito adicional.

Esa respuesta no puede ser la adecuada porque implicaría aceptar la existencia de una discriminación injustificada, pues no habría ninguna razón para que la acción de grupo pueda ser ejercida sólo cuando el mismo esté conformado por 20 personas y no cuando esté integrado por un número menor.

Este punto fue expuesto por el doctor Ramiro Becerra Saavedra de la siguiente manera:

“En este sentido, no podría afirmarse que la sola pluralidad determina la procedibilidad de la acción, situación que sería efectivamente discriminatoria, ya que nada justifica que un grupo de personas, que no alcance a conformar un conjunto tan numeroso, deba, entonces, verse sometido a las reglas del proceso ordinario”.

En la sentencia del 2 de febrero de 2001, con ponencia del doctor ALIER HERNÁNDEZ ENRIQUEZ, el mismo tema se desarrolla de la siguiente manera:

“A todas luces es claro que la mera pluralidad no constituye un criterio suficiente y proporcionado que justifique un trato desigual, pues “en el campo procesal, en lo referente a la administración de justicia, la igualdad se logra al disponer que todos sean juzgados por el mismo procedimiento, lo cual no impide, –claro está–, que existan procedimientos especiales y diferentes entre sí, siempre que hayan sido estatuidos con fundamento en criterios razonables”.

Y en un salvamento de voto a una providencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el doctor HUGO BASTIDAS BÁRCENAS, se refiere a este tópico de la siguiente manera:

“En Colombia no es que nunca un número plural de personas hayan podido intentar una sola acción, siempre han existido mecanismos para tramitar y fallar una acción desencadenada por un número plural de sujetos. La pluripersonalidad de actores se conoce y resuelve mediante la técnica de la acumulación subjetiva de pretensiones, o de procesos, según el caso, tal como se desprende del sexto inciso del artículo 82 del Código de Procedimiento Civil. También en este artículo se alude a **ciertas condiciones uniformes** que deben ostentar las pretensiones, como la igualdad de causa u objeto y la interrelación de pruebas o de vínculos jurídicos, todo eso para autorizar la acumulación. **De modo que no parece ser que el constituyente de 1991 haya querido crear una acción expedita y especial para, simplemente, tramitar numerosas pretensiones similares, ante un daño común y plural...**

“Es necesario hallar y definir el perfil jurídico del actor colectivo o grupal en orden a señalar el carácter de la legitimación para interponer la acción de grupo. De lo contrario, por exceso o defecto, se producirían discriminaciones frente al acceso a la justicia. Y una de las formas de hallar ese perfil es mediante la exploración de nuevos fenómenos de legitimación para integrar las también nuevas acciones. **Se trata de identificar el auténtico interés legítimo y común o colectivo que ostentarían las personas para, constituidas así en un grupo verdadero, proponer la acción de grupo.**

“El interés legítimo iría más allá de los puros intereses directos, personales, (apropiados para la mera defensa de los derechos individuales), hasta el punto de abarcar no solo el interés del actor sino el de un colectivo que se vea afectado por la acción o la omisión del demandado...”

“Reitero que mediante la acción de grupo sí se puede obtener el resarcimiento de daños por vulneración de cualquier derecho personal, pero la causa común a los sujetos del grupo debe ser de carácter colectivo en cuanto dañe derechos de ese tipo...”

“De no insistirse en la diferencia tendríamos el extraño caso de que si se encuentran 20 o más lesionados por un hecho común pueden interponer una acción especial llamada acción de grupo, pero si los lesionados son apenas 19 o menos, deberán acudir si acaso a la acumulación de pretensiones. Así, el segundo inciso del artículo 88

de la Constitución quedaría reducido a un caprichoso número: 20 litigantes o más unidos por algunas condiciones uniformes. Y no creo que ese haya sido el querer del constituyente².

II. El carácter indemnizatorio y público de la acción de grupo

1.- No obstante que la Acción de Grupo es una acción indemnizatoria que versa sobre derechos patrimoniales de libre disposición por parte de las víctimas, ella características propias de una Acción Pública, con lo cual queremos significar que el Estado estima que en el objetivo que ella persigue está envuelto el interés público, lo cual explica que establezca respecto de ella disposiciones que no son propias de las acciones entre particulares.

En este punto nos apartamos de lo expresado por el doctor RAMIRO BEJARANO, quien afirma que de la "acción de grupo no es de naturaleza pública, como sí lo es la acción popular". A nuestro modo de ver, el simple hecho de que la Acción de Grupo no defienda intereses colectivos como lo hace la Acción Popular, no implica que la primera no tenga el carácter de Pública, en el sentido de considerar que en ella está interesado el orden público.

2.- Desde la consagración constitucional de las acciones de grupo como mecanismo para lograr la reparación de los daños ocasionados a un "número plural de personas", se advierte el carácter público de dichas acciones, que son contrapuestas a las previstas por la ley para la reparación de los daños causados a un "particular".

Dispone textualmente el artículo 88 de la C.P.:

"(la ley) también regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, **sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares**".

3.- En el artículo 1 de la Ley 472 de 1998, que enuncia el "objeto de la ley" también se advierte el interés del Estado en garantizar el derecho a la reparación a las víctimas plurales.

"Estas acciones³ están orientadas a garantizar la defensa y protección de los derechos colectivos así como los de un grupo o de un número plural de personas".

² Expediente nro. 2001-030 Actor: Doris Gil Sierra y otros. Sentencia del 25 de septiembre de 2003.

³ Las populares y de grupo.

4.- La impulsión de oficio del proceso y la obligación de producir una sentencia de mérito luego de que se promueva la acción, lo que implica la prohibición de terminar este tipo de acciones terminen por **desistimiento** o **perención** son características propias de una ACCIÓN PÚBLICA.

El artículo 6 de la Ley 472 aplicable a las acciones de grupo y a las acciones populares, dispone:

“Promovida la acción, es obligación del juez impulsarla oficiosamente y producir decisión de mérito so pena de incurrir en falta disciplinaria, sancionable con destitución.

Para este fin el funcionario de conocimiento deberá adoptar las medidas conducentes para adecuar la petición a la acción que corresponda”.

5.- La posibilidad prevista en el artículo 48 de la ley para que la Acción de Grupo se interponga por el Defensor del Pueblo o por los Personeros municipales o distritales, esto es la posibilidad de que esta acción indemnizatoria sea promovida por una persona distinta de la propia víctima es propio también de una Acción Pública.

6.- Así mismo, el deber judicial consagrado en el parágrafo del artículo 52 de la Ley 478, de ordenar la citación de terceros responsables cuando estos no hayan sido convocados al proceso por el demandante, resulta propio de las Acciones Públicas.

“La demanda se dirigirá contra el presunto responsable del hecho u omisión que la motiva, el cual debe ser determinado. No obstante, cuando en el curso del proceso se establezca que existen otros posibles responsables, el juez de primera instancia, de oficio ordenará su citación.

7.- En otros casos, la legislación también le otorga el carácter de público a acciones indemnizatorias: Ello ocurre, por ejemplo, en el caso de los daños causados por el delito, evento en el cual el Juez Penal está obligado a condenar al sindicado al pago de los perjuicios causados con el delito, así la víctima no ha impetrado tal petición en el proceso. Allí puede afirmarse que existe un interés del legislador en la reparación de los daños causados por conductas delictivas, lo que explica que así la víctima de dichos daños no instaure la demanda respecto de un derecho patrimonial sobre el cual ella puede disponer, el Juez debe –de oficio– condenar al responsable del delito al pago de dichos perjuicios.

III. Las finalidades perseguidas con la consagración de las Acciones de Grupo

En el caso de la Acción de Grupo, resulta necesario que nos preguntemos las razones por las cuales la Constitución y la Ley decidieron otorgarle a las acciones de grupo un trámite especial y particularmente por qué razón se decidió otorgarle efectos ultra parte a las sentencias proferidas en ellas.

Lo anterior, a nuestro modo de ver, resulta fundamental entender por qué en unos casos lo procedente será simplemente acumular pretensiones en una demanda que tendrá un trámite ordinario y en otros casos se permitirá acudir a esta acción, que tiene una caducidad especial un trámite diferente y la característica especialísima de que la sentencia que en ella se dicte tendrá efectos ultrapartes y favorecerá o perjudicará a las víctimas que no fueron parte en el proceso.

1.- En este punto, creemos que vale la pena recordar, en primer lugar, que, aunque la responsabilidad civil tiene carácter estrictamente indemnizatorio, a ella se le reconocen también **funciones sancionatorias, preventivas y demarcatorias.**

a.- En el caso de la responsabilidad extracontractual, puede igualmente hablarse de que la función de la responsabilidad civil es **sancionatoria**, en los casos en que la **culpabilidad** constituye un presupuesto de la existencia de la obligación de reparar, que son casos que no siguen la regla general de la responsabilidad civil, según la cual la culpabilidad (no la culpa) es un elemento propio del derecho sancionatorio no debe tener ninguna incidencia en la obligación de reparar el daño causado. En estos casos, la obligación de reparar no depende simplemente de causar un daño sino de haber obrado con determinado grado de **culpabilidad**, lo cual obliga al juzgador a hacer un juicio de reproche en concreto sobre el causante del daño y el nacimiento de su obligación de reparar dependerá de que haya obrado con el grado de **culpabilidad** exigido por la ley (dolo o culpa grave).

Así las cosas, puede hablarse de función sancionatoria de la responsabilidad en el caso del artículo 90 de la C.P. respecto de la responsabilidad de los agentes estatales, evento en el cual la obligación de restituir lo que el Estado pagó, está sujeta a que estos hayan obrado con CULPABILIDAD (dolo o culpa grave), razón por la cual, en estos casos, ellos

serán “sancionados” aunque la consecuencia jurídica que se les impondrá en realidad consistirá en restituir lo que el Estado pagó a la víctima⁴.

b.- Si se reconoce una función sancionatoria o punitiva, a la responsabilidad patrimonial, hay que reconocerle también una función **preventiva**. El funcionario público no obrará con dolo o con culpa grave al ejercer sus funciones si sabe que el obrar de esta manera verá comprometido su propio patrimonio en la obligación de indemnizar a la víctima de los daños que cause de esta forma.

Así mismo, en los casos en que no se le puede atribuir una función sancionatoria a la responsabilidad civil, podría reconocérsele a este tipo de responsabilidad civil una función “preventiva” si se estima que las personas, por la amenaza o el temor de tener que indemnizar el daño causado, se abstienen de causarlo o toman medidas de prevención para evitarlo.

Y aquí vale la pena tener en cuenta que, cuando se plantea un análisis económico de la responsabilidad, la visión de esta es distinta. Desde esta óptica, se tienen en cuenta los costos de la prevención y los que acarrea la reparación, razón por la inversión en prevención, con esta visión, sólo aparece justificada si ésta es inferior a lo que habría que gastar en reparación.

“Obsérvese la diferencia entre el planteamiento dogmático continental que podemos llamar ‘clásico’ y el del análisis económico del derecho: **la doctrina continental que apuesta por la función preventiva de la responsabilidad civil cree que ésta debe servir para evitar daños, sin reparar en los costes que dicha prevención conlleva; desde el análisis económico del Derecho se señala que la responsabilidad civil debe servir para reducir el coste de los accidentes (de los daños) lo que exige, obviamente reducir el número y la gravedad de los accidentes (esto es, evitar los daños), pero no a cualquier precio: hay que evitar, prevenir únicamente los accidentes (daños) que valga la pena evitar desde una perspectiva económica, es decir aquellas cuya prevención no exija inversiones en medidas de seguridad superiores a los propios daños...**”⁵.

⁴ Por lo anterior la doctrina ha dicho que en este caso la doctrina también ha señalado que aunque la responsabilidad del Agente es patrimonial, ella tiene tinte o color disciplinario.

⁵ *La responsabilidad patrimonial de la Administración, hacia un nuevo sistema*. Oriol Mir Puigpelat, Ed. Civitas, Madrid 2002, pág. 138.

c.- Por último se señala que la responsabilidad civil tiene una función **demarcatoria** en la medida en que a través de ella el ciudadano conocerá cuáles son los daños que son indemnizables o qué debe reparar y cuáles aquellos que no son indemnizables. Respecto de los particulares, en un sistema de responsabilidad fundado en la culpa, el asunto tiene que ver con la definición de cuáles conductas la constituyen y específicamente con precisar cuál es el comportamiento diligente o el que corresponde al *"buen padre de familia"*. Y en tratándose de la responsabilidad del Estado, si el asunto se mira desde el punto de vista del daño antijurídico, esta función se cumplirá con la determinación de cuáles daños tienen la condición de antijurídicos y por lo tanto deben ser reparados y cuáles deben ser soportados por los ciudadanos.

"La responsabilidad civil cumple dicha función en la medida en que delimita el área de las conductas y actividades a las que vincula el deber indemnizatorio, distinguiéndola de la otra gran área a ella contrapuesta: la de las conductas y actividades no generadoras de responsabilidad. Como ha escrito Salvador Coderch, «como habitamos en un mundo físicamente limitado y, por tanto, caracterizado por la inevitabilidad de innumerables contactos y roces sociales, hay que empezar por afirmar la necesaria función de demarcación del derecho de daños. Dejar de un lado los daños no resarcibles –la mayoría– y del otro aquéllos cuya producción da lugar a una pretensión resarcitoria es la más básica de las funciones de todo derecho de daños: uno ha de saber si el dolor causado por la ruptura de una relación amorosa o simplemente de amistad da lugar o no a una pretensión indemnizatoria... si surge o no una pretensión resarcitoria por las infecciones que, hoy por hoy, están irremediablemente asociadas al ingreso en una unidad de cuidados intensivos de cualquier hospital de España...».

"El conjunto normativo regulador de la responsabilidad de la administración debe, así, configurarse, no como un conglomerado de preceptos oscuros e inconexos, sin como un sistema, como un sistema que demarque, delimite con claridad y precisión qué actuaciones públicas generarán el deber indemnizatorio y cuáles –por exclusión– no. Las normas de responsabilidad administrativa sirven y deben servir, pues, para definir, con nitidez el ámbito de actuación libre –libre de responsabilidad, de carga indemnizatoria– de la administración. Esta función, fundamental en todo el sistema de responsabilidad civil, se encuentra estrechamente vinculada a la necesidad de certeza del derecho,

necesidad expresada técnicamente a través del principio de seguridad jurídica”⁶.

2.- Las funciones anteriores, adicionales a la reparación son las que cumple la ACCIÓN DE GRUPO y las que justifican su consagración como acción pública, razón por la cual la doctrina y la jurisprudencia han señalado que ellas sirven para la reparación de daños masivos de entidad moderada que difícilmente serían perseguibles por quien los causa en virtud de los gastos propios del proceso⁷, lo que genera que los responsables no tengan reparo en causar dichos daños, que finalmente terminan por no ser reparados.

3.- Cuando un daño no ha sido causado a una sola persona sino a un grupo de personas y el Estado está interesado en que todas ellas sean indemnizadas, por las razones antes mencionadas, puede optarse por varias soluciones, como en efecto sucede en los distintos sistemas legales que han diseñado acciones particulares para reparar este tipo de daños. En el caso de las Acciones de Grupo, se legitima a cualquier víctima para que no sólo reclame perjuicios para ella, sino para todos los que conforman el grupo de perjudicados.

El cambio fundamental que se introduce en el sistema de responsabilidad consiste en legitimar a una persona a reclamar perjuicios por otra, con lo cual se modifica el principio según el cual el daño, como elemento de la responsabilidad, debe ser sufrido por quien impetra su reparación; dicho principio, de acuerdo con la doctrina, significa que *“la persona a la cual el hecho dañoso le ha causado perjuicio –ella sola– es quien puede demandar su reparación”⁸.*

4.- La necesidad que se pretende satisfacer, impone establecer la posibilidad de reparar los perjuicios de todo un grupo de personas, sin necesidad de que todas ellas los reclamen. En otras palabras impone la necesidad de modificar el principio anterior y establecer que en estos casos es posible que el daño sea reclamado por una persona distinta de la propia víctima o *“autorizar a un individuo miembro de una colectividad, a demandar*

⁶ Oriol Mir Puigpelat. *La responsabilidad patrimonial de la administración*, pág. 149.

⁷ La doctrina acota en este punto que “un afectado puede perder más de lo que obtendría a través del enfrentamiento judicial y por tal razón prefiere no acudir a la jurisdicción a reclamar indemnización”.

⁸ Jacques Ghestin, *Traité de Droit Civil, Les obligations*, L.G.D.J., París, 1982, pág. 358.

la reparación que sea consecuencia de un atentado a los intereses de dicha colectividad”⁹.

5.- Ante la no idoneidad de las acciones ordinarias para obtener la reparación de este tipo de daños y ante el interés del Estado en que ellos sean resarcidos se consagra este tipo de Acción Especial, que se caracteriza fundamentalmente por ser un instrumento que permite que, sin que concurren al proceso todas las víctimas del mismo daño, la sentencia que en él se profiera tenga efectos respecto de todas ellas.

6.- La doctrina sobre este particular anota que las acciones de grupo surgen frente a las “insuficiencias y limitaciones de los instrumentos procesales clásicos relativos a la legitimación activa, que hacen impracticable una acción conjunta por medio de los mecanismos representativos tradicionales”¹⁰.

A los poderes públicos, les corresponde “arbitrar sistemas de equilibrio entre el crecimiento y la protección de bienes que hoy se consideran de primer rango. Ello supone la adopción de medidas que disuadan del ejercicio de actividades cuyo beneficio social sea inferior al daño que causan a los bienes comunes, e incluso, en ciertos casos en que proporcionando un elevado beneficio social lo sea a costa de daños particularmente graves a tales bienes. Esto no puede ser dejado a libre juego de las leyes del mercado, sino que requiere de una decidida intervención estatal”¹¹.

7.- El doctor ALIER HERNÁNDEZ en su ponencia cita los antecedentes de la Ley 472 en el Congreso y de ellos es claro que allí también se pensó en este tipo de daños, cuando se reglamentaron las Acciones de Grupo:

“En la sesión plenaria de 10 de junio, el delegatario Guillermo Perry... señala que «una acción ante los tribunales podría condenar a un determinado productor o suministrador de bienes o servicios por un daño colectivo que él infligió a un gran número de personas de manera similar y que de ninguna manera justificaría que fueran objeto de acciones jurídicas independientes, porque no habría la posibilidad de que cada uno de los consumidores afectados llevara a cabo por su cuenta este tipo de acción, por eso la acción de clase o la acción de grupo de manera preferencial se aplica a estos casos, en donde

⁹ Gesthin, obra citada, pág. 360.

¹⁰ Fernando Regueros Campo, obra citada, pág. 116.

¹¹ Fernando Regueros Campo...

el daño colectivo es suficientemente grande como para que pueda ser tramitado a través de una acción judicial, y una vez establecido se siga de allí la indemnización a cada uno de los afectados»".

8.- Este es un punto en el que, por lo demás, coinciden las dos ponencias realizadas en el marco del presente Congreso.

El doctor **RAMIRO BEJARANO**, en esta dirección, acude a la siguiente cita:

"En otras palabras, si bien en las sociedades contemporáneas la satisfacción de derechos subjetivos se ve seriamente amenazada **—sea por lo irrisorio de la pretensión, sea por la desigualdad marcada entre las partes**¹²— un enfoque de la teoría del proceso dirigido a la garantía del acceso a la justicia debe ser ponderado¹³ necesariamente con los principios propios del estado de derecho"¹⁴.

Y el doctor **ALIER HERNÁNDEZ**, afirma:

"Tres son las razones fundamentales que justifican la existencia de la acción de grupo: en primer lugar, soluciona problemas de acceso a la justicia puesto que permite, en principio, la división de los costos del proceso y permite la formulación de reclamaciones individuales que, aisladas, carecen de toda significación pero, agrupadas, cobran mucha importancia. En segundo término, sirve de mecanismo

¹² Moreno, recuerda que "es interesante el planteamiento expresado por CAPPELLETTI, M, *Dimensioni della giustizia nella società contemporanee*, Il Mulino, 1994, 108, cuando refiriéndose al accesso a la giustizia dei consumatori, precisó como "*mentre il produttore è usualmente bene organizzato, giuridicamente bene informato, e tipicamente un repeat player (nel senso che il confronto giudiziario non sarà per lui un episodio isolato, che lo trovi sprovveduto di informazioni e di esperienza), il consumatore è invece isolato, egli è un litigante meramente occasionale, non abituale, e naturalmente riluttante ad uno scontro con il potente avversario*".

¹³ Igualmente cita Moreno que "por ponderación entre principios se puede entender la técnica de argumentación jurídica que partiendo de la existencia de un conflicto entre dos o más principios de derecho, conduce a la decisión sobre cuál principio deba prevalecer en el caso concreto, bajo el parámetro según el cual "cuanto mayor sea el grado de no cumplimiento o de afectación de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro", ALEXI, R., *Tres escritos sobre derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Universidad Externado de Colombia, 2003, pág. 103. Ver también ALEXI, R., *Teoría dell'argumentazione giuridica*, giuffrè, 1998, DWORKIN, R., *I diritti pressi sul serio*, il mulino, 1982".

¹⁴ MORENO, Pablo Andrés. *El grupo, el acceso a la justicia y la tutela del debido proceso*. Trabajo inédito preparado con ocasión de esta ponencia y facilitado directamente por el autor.

disuasivo para que ciertos actores económicos se abstengan de realizar actos que producen perjuicios menores a una gran cantidad de personas. Finalmente, permiten realizar el principio de economía procesal y facilitan la coherencia de las decisiones judiciales”.

IV. Los efectos ultraparte de la sentencia como característica particular de la Acción de Grupo

1.- Para nosotros es evidente que lo particular de la Acción de Grupo es la ruptura del principio general de acuerdo con el cual la sentencia judicial sólo tiene efectos respecto de quienes son parte en el proceso; y consagrar una acción con esta particularidad requiere especial atención precisamente en el punto de determinar respecto de quiénes tendrá efectos la sentencia, lo que se traduce en determinar cuáles son los criterios para determinar cómo puede estar conformado el grupo.

2.- Es a la anterior característica y no el *trámite preferente* de la acción, lo que constituye su esencia particular; es esa particularidad la que hace que la Acción de Grupo sea *sui generis*; y es esta la consecuencia que, a nuestro modo de ver, permite explicar que ella no sea procedente para todos los casos en los cuales el número de víctimas sea mayor a 20.

3.- La Constitución no dijo que estas acciones debían tener términos más cortos o que debían ser de decisión preferente respecto de las ordinarias; y la Ley 472 de 1998, que expresamente se refirió a que las Acciones Populares preventivas deberían tener trámite preferente, nada dijo respecto de las Acciones de Grupo.

4.- La comparación entre los términos previstos para la Acción de Grupo y las Acciones Ordinarias, si se hace desde el punto de vista formal, en realidad nos arrojará que las diferencias allí establecidas, salvo para los recursos extraordinarios y para el recurso de apelación, no son en realidad muy relevantes: Mientras en la de grupo el término de traslado es de 10 días en la ordinaria es de 20; mientras en la de grupo el término de pruebas es de 20 prorrogables en 20 más, en la ordinaria es de 40; y mientras en las de grupo el término del juez para dictar sentencia es de 20 en las ordinarias el término es de 40. Estas diferencias son muy similares a las que actualmente existen entre los términos establecidos para un proceso ordinario de mayor cuantía y para un proceso abreviado; y los litigantes saben perfectamente que entre estos dos procesos –en la realidad– la única diferencia es el nombre, pues la duración de ambos es igualmente prolongada.

La práctica muestra que sólo en los casos en que la ley haya establecido expresamente el trámite preferente, como ocurre en la Acción de Tutela y la Acción Popular, el Juez puede decidir dichos procesos sin someterlos al turno teniendo en cuenta la fecha de entrada al despacho y debe hacerlo oportunamente para evitar las sanciones previstas por la ley. En los casos en los que no se adoptan estas previsiones –como ocurre con las acciones de grupo y las acciones ordinarias–, el simple señalamiento de términos breves no garantiza celeridad en el proceso.

Lo que la realidad muestra hasta ahora en el trámite de las Acciones de Grupo no es mayor celeridad; por el contrario, lo que muestra es que, debido a los trámites adicionales que ella comporta respecto del proceso ordinario y debido a la participación plural de partes, su trámite va a resultar mucho más prolongado que el de los procesos ordinarios.

5.- Si partimos de la premisa según la cual lo particular o propio de la Acción de Grupo es simplemente su trámite preferente, podremos concluir, siguiendo la tesis de la Corte Constitucional, que ella es apropiada para todos los casos en los cuales el número de víctimas es superior a 20. Pero tenemos en cuenta, por el contrario, que la particularidad de la acción de grupo son los efectos ultraparte de la sentencia, podremos concluir que el trámite especial establecido para dichas acciones no resulta apropiado para todos los casos en los cuales el número de víctimas es superior a veinte.

En este punto nos parecen exactas las apreciaciones hechas por la doctora RUTH STELLA CORREA PALACIO¹⁵, cuando señala:

“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

¹⁵ Trabajo presentado también en el XXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal.

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”.

V. El trámite de la acción en función de los efectos ultraparte de la sentencia

Lo que a nuestro modo de ver conduce con toda claridad a la necesidad de condiciones particulares en el grupo de víctimas, son las disposiciones de la ley relativas al trámite de la Acción de Grupo. La visión en conjunto de este tipo de normas permite deducir, sin lugar a dudas, que la Acción de Grupo no es apropiada para resolver todos los casos en los que un mismo hecho dañoso ha afectado a un grupo de más de 20 personas.

A. Demanda

El demandante representa a todos los miembros del grupo (no solo a los que han concurrido al proceso sino a todas las víctimas que lo integran). El actor, en cuanto a la integración del grupo debe:

1.- Definir el grupo, lo que implica señalar con precisión quiénes son las víctimas del daño respecto de las cuales tendrá efectos la sentencia.

2.- Determinar sus miembros o señalar los criterios para identificarlos: El grupo en la legislación colombiana puede ser determinado, caso en el cual el demandante señalará los nombres y apellidos de cada una de las víctimas del daño o determinable, evento en el cual indicará los criterios para determinarlos. No consagra nuestra legislación los denominados “grupos abiertos y cerrados” de víctimas a los que hace referencia la sentencia de la Corte Constitucional.

Aquí debe tenerse en cuenta que el Juez, en el curso del proceso, debe determinar cuál es el número de personas que integran la totalidad del

grupo determinándolas por categorías de conformidad con las consecuencias del daño (Ej: Edad de las víctimas; tiempo durante el cual pudieron recibir las consecuencias del daño; extensión de su predio en el caso de que se trate de daños a inmuebles; en este mismo caso, distancia respecto de la fuente del daño cuando se trate de daños ambientales).

El Juez debe determinar lo anterior porque en la sentencia está obligado a calcular la *"suma ponderada de las indemnizaciones individuales"*; y aunque luego de la sentencia podrá modificarse por una sola vez lo relativo a la distribución de la indemnización, si el estimativo del grupo o el monto de las indemnizaciones fue inferior a las solicitudes que realmente se presentaron, no puede modificarse este aspecto relativo al valor total de la indemnización establecida en la sentencia, pues el artículo 55 de la ley dispone que, *"la integración de nuevos miembros al grupo, con posterioridad a la sentencia, no incrementará el monto de la indemnización contenida en ella"*.

3.- Respecto de los perjuicios que persigue el actor debe estimar el valor (total) de los perjuicios, lo cual implica no sólo cuantificar el daño cuya reparación reclaman quienes instauran la acción, sino estimar el valor total que el hecho dañoso ha causado a todas las víctimas que integran el grupo.

4.- Debe justificar la procedencia de la acción, lo que implica que el demandante está obligado a señalar cuáles son las razones por las cuales, en su concepto, resulta necesario acudir a la Acción de Grupo y explicar cuál es la razón por la cual las acciones ordinarias no son idóneas para lograr la indemnización de daños que se pretende.

B. El Auto Admisorio

En el auto admisorio el Juez debe:

1.- Valorar la procedencia de la acción de grupo

Creemos que en este punto el Juez debe tener cierta discrecionalidad para determinar en qué eventos realmente resulta adecuado otorgarle a la demanda el trámite correspondiente a la Acción de Grupo. Y esa valoración no puede estar guiada simplemente por el criterio de que dicha acción es eficaz y por el criterio expuesto por la Corte, según el cual cuando se exigen requisitos respecto del grupo se está limitando el acceso a la administración de justicia.

Esa determinación debe hacerse, teniendo en cuenta si en el evento concreto se justifica que en lugar que tramitar demandas separadas o

pretensiones acumuladas en una demanda, al asunto se le otorgue el trámite de una acción pública como la Acción de Grupo; si para dicha demanda es apropiada la acción; y sobre todo si para el caso planteado en la demanda, el Juez podrá pronunciar una sentencia en los términos previstos en la ley.

2.- Informar a los demás miembros del grupo

La notificación de los demás miembros del grupo debe hacerse a través de un medio masivo de comunicación, o de cualquier mecanismo eficaz, **teniendo en cuenta quiénes son los eventuales beneficiarios**. Y en este punto nos parece que lo primero que debe intentarse es la notificación personal de todos los miembros, lo cual puede hacerse, por ejemplo cuando el grupo esté conformado por los vecinos de determinada zona geográfica (los vecinos de una calle o los dueños de predios afectados por la contaminación de un río).

C. La inclusión y exclusión del grupo

En cuanto a la integración al grupo y la exclusión del mismo, la ley contempla la posibilidad de integrarse o de solicitar la exclusión, lo que implica también la necesidad de la adecuada definición del mismo, pues sólo de este modo puede saberse a quiénes les serán oponibles los efectos de la sentencia.

D. La sentencia

En cuanto a la sentencia, la ley dispone que ésta debe contener:

1.- La declaración sobre el monto total de los daños:

– Para quienes fueron parte en el proceso.

– Para quienes concurran a reclamar indemnización luego de la sentencia y dentro del término legal los 20 días siguientes a su publicación.

Cuando la ley habla de suma ponderada de las indemnizaciones individuales, se refiere al valor estimado de daños para todas las víctimas que forman parte del grupo, dentro de las cuales están incluidas las que fueron parte en el proceso y las que no lo fueron pero que pueden ejercer su derecho a solicitar indemnización con posterioridad a la sentencia. La sentencia no se referirá entonces únicamente a quienes fueron parte en el proceso, pues aquí no estamos ante una simple acumulación subjetiva de pretensiones; ella determinará el monto de la indemnización **colectiva**, esto es la que corresponde a todos los miembros del grupo.

Al realizarse esta determinación, el Juez tendrá en cuenta que, de ese monto total del daño, debe deducir lo que le habría correspondido a los miembros del grupo que solicitaron expresamente su exclusión.

2.- La determinación del porcentaje de esa condena que le corresponde a cada una de las víctimas, la cual se hará:

- Conformando grupos y subgrupos.
- Con consideraciones de equidad.

En este punto consideramos pertinente precisar, en contra de lo expuesto por el doctor RAMIRO BEJARANO que la obligación de determinar el porcentaje que corresponde a cada una de las víctimas opera respecto de todas y no sólo respecto de aquellas que comparecieron al proceso. Esta obligación se explica precisamente porque no se sabe cuál será el número exacto de víctimas que concurrirán finalmente a solicitar indemnización por el daño sufrido y porque lo único que es cierto es que el valor total de dicha indemnización en la sentencia no puede ser incrementado.

En los antecedentes de la ley a los que se hace referencia en la ponencia del doctor ALIER HERNÁNDEZ se expresa:

“Quien interpone la acción lo hace en nombre y representación de una clase determinada; la de todos aquellos que se encuentran en sus mismas circunstancias de hecho, para obtener una determinada prestación o **reparación de carácter económico, que posteriormente habrá de liquidarse y distribuirse entre todos los integrantes de la clase**”.

3.- El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en auto proferido el 14 de abril de 2005, explicó acertadamente el significado de la “indemnización colectiva” propio de las acciones de grupo y precisó, que si una víctima del grupo había sufrido un daño de proporciones mayores, ella tendría la oportunidad de solicitar su exclusión del grupo y reclamar su indemnización en una acción independiente.

“Ahora bien, de conformidad con el artículo 65 de la Ley 472, la sentencia que ponga fin al proceso de la acción de grupo deberá disponer la orden de pago de la **indemnización colectiva** que contenga la **suma ponderada** de las **indemnizaciones individuales**.”

“En ese artículo está claro que el juez solo puede disponer órdenes de pago de las indemnizaciones por equivalente de los daños individuales que se establezcan a favor de los demandantes.”

“Sí es posible, claro está, que ocurran daños diferentes en intensidad y grado al interior del grupo. Pero el artículo 65 de la Ley 472, vigente en la actualidad, impone la obligación de proferir una condena a pagar “una indemnización colectiva”, (que no condenas individuales), mediante el cálculo de una “indemnización ponderada” para cada miembro del grupo. Lo especial de la acción de grupo, por este aspecto, es que quien la escoja opta por una indemnización ponderada, común a todos los perjudicados, de la cual le corresponderá a un porcentaje idéntico al de todos los demandantes o al de todos los miembros de los subgrupos que se conformen en la sentencia. Si no le satisface esa opción, el interesado está en el derecho de no participar en la acción de grupo¹⁶.

4.- El señalamiento de los requisitos que deben cumplir los beneficiarios que estuvieron ausentes del proceso para que puedan reclamar la indemnización, dentro del término legal, luego de la publicación de la sentencia en un diario de amplia circulación nacional.

Sobre este requisito vale la pena recalcar que lo que se señalan son las condiciones para poder reclamar una indemnización que ya está determinada en su monto. Lo que implica que el demandante presentará simplemente las pruebas que acrediten que es miembro del grupo o subgrupo determinado en la sentencia (p.ej. que efectivamente es residente del ámbito geográfico donde ocurrieron los daños, o propietario de un predio en dicho ámbito; la extensión del predio o la edad de la víctima si estos fueron los criterios con base en los cuales se ponderaron las indemnizaciones).

En la acción de grupo consideramos que **no cabe la liquidación en abstracto de la condena para cada una de las víctimas**, pues es claro que en la sentencia debe fijarse el monto total del daño y debe disponerse la forma o cómo se realizará su distribución por el Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos. El monto total de la condena y los criterios de distribución –entre los que fueron parte y los que concurren luego de la sentencia– deben estar fijados en el fallo.

Ante dicho fondo, las víctimas que no comparecieron al proceso, no acreditarán el daño sufrido: simplemente acreditarán que forman parte del

¹⁶ Expediente No 05-0495; demandante, María Leonor Ardila de Ardila y otros; Magistrado Ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS.

grupo de acuerdo con las instrucciones precisas que se indiquen en la sentencia; y si en la sentencia la distribución del monto total del daño se hizo entre subgrupos, allí también se establecerán los criterios precisos para incluir o clasificar a las víctimas que concurren luego de su expedición, en dichos subgrupos.

En este particular, compartimos plenamente las conclusiones del doctor RAMIRO BEJARANO quien, al referirse a las condiciones que deben cumplir los miembros del grupo que deseen acogerse a los efectos de la sentencia precisa que *"Tales requisitos han de ser precisados en la sentencia, en términos tales como el de que cada quien sepa de antemano cómo ha de presentar su solicitud, con qué documentos, etc, de suerte que aquel miembro del grupo que no intervino físicamente en el proceso ajuste su conducta a las prescripciones del fallo, lo cual naturalmente da seguridad a las resultas de su reclamación, y además garantiza la transparencia del trámite subsiguiente"*.

5.- El doctor RAMIRO BEJARANO al referirse a los efectos de cosa juzgada de la sentencia en la Acción de Grupo, luego de advertir que ellos operarán tanto si el fallo es favorable como si es desfavorable a las víctimas, califica de conveniente la regulación propuesta en el CMPCI, en el que *"se exceptúan los eventos en los que la pretensión fuera rechazada por insuficiencia de pruebas, en cuyo caso cualquier legitimado podrá intentar otra acción, con idéntico fundamento, valiéndose de nueva prueba"* y adicionalmente se dispone que *"cualquier legitimado podrá intentar otra acción, con idéntico fundamento, cuando surgiera nueva prueba superviviente, que no hubiera podido ser producida en el proceso"*.

No estamos de acuerdo con la anterior regulación. Si el Juez cumple adecuadamente con su obligación de estudiar la procedencia de la acción de grupo y sólo la admite cuando esté debidamente integrado, debemos partir de que el demandante efectivamente lo representa y por lo tanto la decisión, cualquiera que sea ella, debe tener efectos de cosa juzgada. Y respecto de los eventos en los que el fracaso de la acción sea consecuencia de la imposibilidad de allegar determinada prueba, creemos que ellos sólo permitirán desconocer los efectos de la cosa juzgada si reúnen los requisitos previstos para el recurso extraordinario de revisión, que procede contra la sentencia que resuelva la acción de grupo¹⁷.

¹⁷ El artículo 67 de la ley se refiere expresamente a este recurso.

VI. La necesidad de establecer la *preexistencia del grupo* como criterio restrictivo en este tipo de acciones

1.- Si se mira la acción de grupo en su integridad, de allí debe deducirse que resulta de especial importancia contar con un criterio que permita determinar, desde el principio del proceso, de qué forma debe integrarse el grupo al cual le serán oponibles los efectos de la sentencia que en dicha acción se profiera. Y se entenderá con facilidad por qué razón el Consejo de Estado venía exigiendo el requisito conocido como la "*preexistencia del grupo*".

2.- Lo que fundamentalmente había expresado el Consejo de Estado, sobre este particular era que no podía considerarse que el único elemento en común del grupo de veinte víctimas, que debía determinar la procedencia de este tipo de acciones era que ellas fuesen víctimas del mismo daño.

La conclusión del Consejo de Estado en la sentencia que la Corte Constitucional estimó como "*fundante*" de este criterio y que fue proferida el 2 de febrero de 2001 por la Sección Tercera de dicha corporación, con ponencia del doctor ALIER HERNÁNDEZ E., es la siguiente:

"Así las cosas, es claro que la condición de damnificado no podría constituir, en ningún caso, la condición uniforme que identifique a unas personas como miembros de un grupo".

"No es el daño, entonces, lo que origina el grupo, sino que éste se ha formado alrededor de una situación común en la que se han colocado sus miembros, y con ocasión de la cual, posteriormente, todos (o algunos de ellos) sufren un daño".

3.- Esta condición en el grupo es necesaria para que pueda tramitarse la acción y sobre todo **para que pueda proferirse la sentencia** con las características propias de la Acción de Grupo.

En esta tesis no se exige un principio de organización y para hablar en términos de persona jurídica no se exige ni la conformación de dicha persona ni lo que se conoce allí como el "*affectio societatis*". Es realmente absurdo afirmar que el Consejo de Estado hacía una exigencia de tal contenido. Banalizar esta exigencia, afirmando que en dicha tesis era necesario constituir una asociación antes del hecho dañoso, sin estudiar su real alcance y su importancia, no es el camino apropiado para que logremos desarrollar de la mejor manera el propósito de lograr el adecuado desarrollo de este tipo de acciones.

4.- Lo que exigía la jurisprudencia es que las víctimas se encontraran en una situación común que permitiera considerarlas como grupo relevante para los efectos de tramitar, respecto del daño sufrido por ellas una Acción de Grupo y sobre todo para los efectos de poder proferir una sentencia en los términos previstos para dicha acción.

Con la exigencia de este requisito se excluía, entonces, la posibilidad de conformar un grupo simplemente porque un número mayor de 20 personas fueron víctimas del mismo evento dañoso.

Exigiendo lo anterior podía sostenerse en realidad (i) que el demandante representa a todos los miembros del grupo incluyendo a aquellos que no le han conferido poder y a aquellos que no han comparecido al proceso; y (ii) que la sentencia legítimamente pueda tener efectos (adversos o favorables) respecto de personas que no participaron en el proceso pero que forman parte de ese grupo.

Alberto B. Bianchi, precisa en este punto:

“La pertenencia a la clase asegura que la defensa de sus intereses sea adecuada... Lo que se requiere, en síntesis, es que los reclamos o defensas opuestas por los representantes de la clase sean típicos de sus miembros.

“1. Existencia de cuestiones de hecho o de derecho que sean comunes a todos los miembros de la clase. Este primer subrequisito presenta el conflicto entre dos objetivos del sistema judicial, y tiende a encontrar equilibrio entre ambos. Su primer objetivo es evitar, por un lado, que pequeños reclamos económicos no sean presentados por la ausencia de un interés suficiente y, por el otro, la proliferación innecesaria de litigios similares, con resultados tal vez diferentes, lo que es indudablemente indeseable.

“Pero, al mismo tiempo, la eficacia y economía judicial que este sistema asegura conspira contra otro objetivo de la organización judicial el de la presencia efectiva de cada litigante en el litigio para asegurar su derecho de defensa. Este principio básico del debido proceso puede no lograrse con la representación que se ejerce en estas acciones, donde la demanda de uno se suma a la de cientos o la de miles, representados por uno o más abogados a quienes, tal vez, ni se conoce. **Por ello es importante determinar si existe efectivamente una cuestión común fáctica o jurídica que constituya el núcleo de la controversia, pues allí reside el equilibrio que intenta encontrarse.**

“Los tribunales, por lo general, comienzan indagando si existe esta cuestión común, aun cuando no es necesario que ella abarque todos los aspectos sobre los que el tribunal habrá de expedirse. En casos sobre fraude en la securitización o actividades violatorias de la ley antimonopólica, la cuestión común es fácil de hallar si las actividades del demandado proceden de un curso de acción común para todos los individuos de la clase”¹⁸.

El mismo doctor RAMIRO BEJARANO, advierte en su ponencia sobre las graves consecuencias de la falta de representatividad del demandante en la Acción de Grupo, al señalar tachando de inconveniente la falta de precisión en este punto de nuestra legislación que *“cuando quien acciona carece de la preparación suficiente para asumir la vocería del grupo, porque en tal caso expone a los otros miembros a un proceso en el que sus intereses no estarán debidamente representados”*.

6.- La Sección Tercera del Consejo de Estado, en la jurisprudencia que lamentablemente se ha abandonado como consecuencia de lo dispuesto por la Corte Constitucional, explicó perfectamente el alcance de la exigencia de la preexistencia del grupo (no de asociación) en los siguientes términos:

“Para efectos de desentrañar el significado de la frase analizada, resulta necesario, en opinión de esta Sala, precisar el contenido de la expresión “condiciones uniformes”. Teniendo en cuenta que estas acciones se han diseñado para reparar daños que afecten a grupos de especial entidad, tales **condiciones uniformes son aquellas conforme a las cuales es posible que un conjunto de personas se relacionen entre sí para conformar un grupo, y adquieren relevancia al estar presentes respecto de la causa del perjuicio que dichas personas sufren.**

“Conforme a lo anterior, es claro que las condiciones comunes respecto de la causa que origina el daño, aluden a las condiciones o caracteres, predicables de un **grupo determinado o determinable de personas que se han puesto en una situación común, de la cual, posteriormente, se deriva para ellos un perjuicio, de manera que cuando la norma se refiere a las condiciones uniformes respecto de la causa del daño, está significando que debe existir una situación común** en la que se colocaron determinadas personas con antelación a la ocurrencia del daño”¹⁹.

¹⁸ Alberto B. Bianchi, *Las acciones de Clase*. Ed. Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2001.

¹⁹ Sentencia del 2 de febrero de 2001 antes citada.

7.- El ejemplo que se cita en la sentencia anterior es perfectamente ilustrativo y permite deducir, con toda claridad, que el Consejo de Estado no exige un "grupo preconstituido" como lo entendió la Corte Constitucional o una "asociación" como lo entendieron algunos doctrinantes. No es acertado afirmar, como lo hace el doctor RAMIRO BEJARANO en su ponencia, que el Consejo de Estado hubiese dicho que *"para que pudiese hablarse de grupo era necesario que éste estuviese conformado antes del daño sufrido por sus integrantes"*.

En la sentencia del Consejo de Estado se alude al grupo de consumidores de determinado producto para señalar que es esta condición común a estas personas (el consumo del mismo producto) lo que permite que entre ellas se configure un grupo, en la medida en que es esa condición la que los coloca en condición de recibir el daño.

"En efecto, un consumidor, por ejemplo, sólo lo es dentro del ámbito propio del mercado y respecto de la actividad y las personas vinculadas, de una u otra forma, a la relación jurídica en virtud de la cual adquiere determinados bienes o accede a determinados servicios. Es, en ese caso, el ámbito del mercado, en el que es posible que se generen situaciones en torno de las cuales unas personas ostenten características comunes que las hacen parte de un determinado grupo social, identificado como consumidores de X producto, y en esa condición, pueden resultar perjudicados. Así, si el daño se produce por la adquisición de un producto defectuoso, resulta claro que los consumidores del mismo reúnen condiciones uniformes respecto de la causa que lo originó.

"Entonces, lo que dispone la norma analizada es que el conjunto de personas que puede acceder a este mecanismo procesal debe ser uno de aquellos cuyos miembros **compartan determinadas características; pero además, tales características deben ser predicables de esas personas sólo en cuanto todas ellas se han colocado –con antelación a la ocurrencia del daño– en una situación común**, y sólo frente a aquellos aspectos relacionados con tal situación. **Así las cosas, es claro que la condición de damnificado no podría constituir, en ningún caso, la condición uniforme que identifique a unas personas como miembros de un grupo"**.

8.- La razón por la cual se llegó a esta conclusión no es otra que la simple interpretación de lo dispuesto en el artículo 46 de la ley que, además de exigir las condiciones uniformes en el daño dispone que la acción procede

respecto de “*un número plural de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa*”.

Este requisito, como lo expresa con toda claridad la sentencia, es distinto del relativo a las condiciones uniformes de los elementos de la responsabilidad. En otros términos no basta con que el grupo de personas hayan sufrido el mismo daño (que es una de las condiciones uniformes de la responsabilidad) sino que es necesario además que dichas personas *reúnan condiciones uniformes* respecto del mismo daño. Solo si ello es así, la sentencia que se profiera en este proceso podrá ser oponible a dichas personas.

9.- La Corte Constitucional en la sentencia C-569 de 2004, desafortunadamente partió de una exigencia que no hizo nunca el Consejo de Estado, el cual jamás habló –como puede constatarse con la lectura de la providencia antes citada– de *grupo preconstituido o grupo organizado*.

Por el contrario, el presidente de la Sección Tercera en su intervención durante el trámite de la acción de inconstitucionalidad promovida contra la interpretación hecha por dicha sección, hizo la siguiente precisión que no fue tenida en cuenta al momento de resolver:

Así mismo, es importante aclarar que la tesis de la preexistencia no se ha interpretado ni debe interpretarse en el sentido de que los actores “*están obligados a ser asociados con antelación*”, pues las condiciones uniformes de un grupo no surgen necesariamente de su vinculación a una persona jurídica, e incluso puede suceder que a pesar de estar asociados, esta situación no constituya la situación común respecto de la causa del daño²⁰.

10.- En el Código Modelo de Procesos Colectivos preparado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (CMPCI) traído a colación por el doctor **RAMIRO BEJARANO** en su ponencia, resulta absolutamente claro que la acción de grupo no se contempla indiscriminadamente para todos los casos en que un número determinado de personas han sido víctimas del mismo daño.

En la ponencia comentada, se señala sobre este particular:

“No obstante, el CMPCI en su artículo 2 incluye también como requisito de la acción colectiva para la tutela de los intereses o derechos

²⁰ Intervención del doctor Ramiro Saavedra Becerra, en su condición de Presidente de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

individuales homogéneos **“la adecuada representatividad del legitimado”**, en relación con la cual, según lo previsto en el artículo 2 parágrafo 2, **“en el análisis de la representatividad adecuada el juez deberá analizar datos como:**

- a.- la credibilidad, capacidad, prestigio y experiencia del legitimado;
- b.- sus antecedentes en la protección judicial y extrajudicial de los intereses o derechos de los miembros del grupo, categoría o clase;
- c.- su conducta en otros procesos colectivos;
- d.- su capacidad financiera para la conducción del proceso colectivo;
- e.- la coincidencia entre los intereses de los miembros del grupo, categoría o clase y el objeto de la demanda;
- f.- el tiempo de constitución de la asociación o representatividad de éste o de la persona física ante el grupo, categoría o clase...

“El parágrafo 1 del artículo 2 del CMPCI señala como requisitos adicionales de la acción colectiva para la protección de los intereses o derechos individuales homogéneos (o acción de grupo) **“la demostración del predominio de las cuestiones comunes sobre las individuales y de la utilidad de la tutela colectiva en el caso concreto”**. El criterio del CMPCI sin duda se ofrece menos sofisticado que el colombiano, pues bastará que los miembros del grupo acrediten que entre ellos predominan las cuestiones comunes, como la causa, la responsabilidad, las pruebas, etc., que las individuales, y además la utilidad del ejercicio de la acción colectiva en cada situación.

“En esa misma dirección, el artículo 3 del CMPCI, al definir la legitimación activa para el ejercicio de la tutela de los intereses o derechos individuales homogéneos, señala que lo están las personas que pertenezcan a un grupo o clase de personas **“ligadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base y para la defensa de intereses o derechos individuales homogéneos”**.

Exigir **“coincidencia entre los intereses de los miembros del grupo, categoría o clase y el objeto de la demanda”** es lo que permite considerar que sus integrantes pueden ser representados por el demandante y lo que otorga legitimidad a una sentencia que se pronuncia sin la presencia de todas las personas afectadas con el mismo daño. Exactamente a eso se refería el Consejo de Estado cuando exigía el requisito de la **“preexistencia del grupo”** al cual hicimos referencia anteriormente.

11.- La doctrina internacional, utilizando otras palabras, exige también connotaciones especiales para el grupo de víctimas respecto del cual se estima que es viable este tipo de acciones.

En dicha doctrina se afirma que el grupo debe estar *“caracterizado por la existencia de elementos comunes de hecho y de derecho y por pretensiones análogas”*²¹. La parte actora en esta acción debe ser *“un grupo, una categoría o una clase de personas ligadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base”*²².

En la acción de grupo, *“los interesados se hallan siempre en una especie de comunión tipificada por el hecho de que la satisfacción de uno solo implica necesariamente la satisfacción de todos, así como la lesión de uno solo constituye, ipso facto, lesión de la entera comunidad”*. También *presupone que la solución a los conflictos en los que se manifiesten estos tipos de intereses, debe ser la misma para todas las personas que integran la comunidad... La comunidad de personas sí es determinada o determinable, en la medida que dichas personas constituyen un grupo, una categoría o una clase, y en que, además, existe una relación jurídica base entre esas personas, o entre éstas y un tercero...”*²³.

VII. Los fundamentos de la declaratoria de inexecutable pronunciada por la Corte Constitucional

Sobre los motivos por los cuales la Corte Constitucional declaró la inexecutable de la segunda parte del primer inciso del artículo 46 de la Ley 472, para por esta vía suprimir la exigencia jurisprudencial hecha por el Consejo de Estado, creemos que vale la pena hacer los siguientes comentarios:

1.- La conclusión de que una norma es inexecutable supone su comparación con un texto constitucional, sin que la Corte tenga competencia para sacarla del ordenamiento bajo el sólo argumento de que la disposición está repetida en la ley.

2.- El simple cuestionamiento que la Corte se hace para determinar cuál de los dos apartes de la norma declara inexecutable, conlleva una conclusión lógica:

²¹ Fernando Regueros Campo, obra citada, pág. 116.

²² Jose Ovalle Favela, artículo de derecho comparado antes citado.

²³ José Ovalle Favela, ibídem.

Las dos disposiciones son distintas, luego la razón anterior (identidad de la disposición) no podía esgrimirse como razón para sacarla del ordenamiento.

3.- En realidad el Consejo de Estado no señaló, como lo expresa la Corte que el hecho de que la norma fuera reiterada era lo que permitía deducir la exigencia de la preexistencia del grupo como condición de procedibilidad de la Acción de Grupo.

El efecto útil de las normas que se introduce como principio en la sentencia del Consejo de Estado, simplemente invita al intérprete a pensar que cuando se redacta una norma el legislador tiene un propósito; y en este caso lo que se advierte es que si el legislador no solamente habla de condiciones uniformes en los elementos de la responsabilidad sino que habla de “un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales” está precisamente indicando que no basta que las víctimas hayan recibido perjuicios uniformes en el mismo evento, sino que se requiere que ellas puedan considerarse como grupo desde antes de la ocurrencia del hecho dañoso.

Aquí no se trata, como pudo ocurrir cuando en la sentencia del 14 de marzo de 1938 la Corte Suprema de Justicia interpretó el artículo 2.356 del Código Civil y dedujo la existencia de la teoría de la responsabilidad por actividades peligrosas, en forma absolutamente pretoriana, para lo cual afirmó que dicha norma, que volvía hablar de daños causados con negligencia, no podía simplemente repetir la regla de responsabilidad fundada en la culpa dictada por el artículo 2.341, sino que consagraba casos especiales en los que tal requisito no debía exigirse.

El Consejo de Estado nunca dedujo su interpretación de la existencia de normas idénticas, razón por la cual la eliminación de una de ellas no era la vía para eliminar la exigencia de la preexistencia del grupo. Tan claro tiene esto la Corte que en la propia sentencia se advierte que esa misma interpretación no podrá ser deducida de ninguna otra norma, con lo que se reconoce, en el fondo, la inutilidad de la eliminación.

4.- La otra forma de reconocer que la repetición no puede ser argumento para declarar la inconstitucionalidad de la norma consiste en señalar razones adicionales de inconstitucionalidad de la disposición que se saca del ordenamiento jurídico.

En esta dirección, la Corte expresa que la exigencia de condiciones uniformes de responsabilidad es inconstitucional, porque tal exigencia no

permitiría que personas que hayan sufrido daños distintos puedan acudir a este tipo de acción.

La Corte aquí no tuvo en cuenta que daños uniformes no quiere decir daños iguales, como bien se expresó en la intervención de la doctora Beatriz Londoño como directora del grupo de Acciones Públicas de la Universidad del Rosario. Los daños uniformes son los que pueden declararse en una sentencia de las características especiales que tiene la sentencia que se profiera en la acción de grupo en donde debe indicarse la *"suma ponderada de indemnizaciones"* y pueden crearse grupos y subgrupos.

Esta exigencia, necesaria a nuestro modo de ver para la funcionabilidad de las Acciones de Grupo no restringe de ninguna manera el derecho de acceso a la administración de justicia, ni la eficacia que predica la Corte como parte del *"diseño constitucional de las acciones de grupo"*.

5.- Las acciones de grupo no cuentan con un *"diseño constitucional"* como lo afirma la Corte. La Constitución lo único que dispuso fue que se regularan estas acciones, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares.

La regulación de estas acciones, a nuestro modo de ver, tiene como efecto fundamental el permitir un proceso en el que pueda proferirse una sentencia con efectos ultra partes garantizando de este modo la reparación de todas las víctimas. En desarrollo del principio de solidaridad es cierto que con ellas se pretende superar el principio del efecto individual de las sentencias de acuerdo con el cual, estas sólo favorecen a quien demandó.

6.- El criterio de EFICACIA o el principio de "economía procesal" no es un criterio constitucional de las acciones de grupo, como lo advertimos anteriormente al indicar que la Constitución no dijo que estas acciones debían tener trámite preferente.

Por esta razón no puede afirmarse que si el grupo no es preexistente y la ley impone que sus miembros acudan a las acciones ordinarias se está afectando el principio de eficacia propio de estas acciones, pues tal principio no existe en la Constitución.

7.- La eficiencia en la utilización de la administración de justicia es un asunto que le corresponde al legislador al momento de diseñar las acciones correspondientes y al establecer el trámite al cual deben sujetarse cada uno de los asuntos y depende de muchas variantes.

No puede esgrimirse como argumento de inconstitucionalidad de una norma el hecho de que ella restringe la utilización de determinada vía judicial a eventos precisados por ella y por lo tanto la vuelve ineficaz porque hay otros asuntos que no podrán tramitarse de esta vía; con este argumento terminaríamos admitiendo que todos los daños en los que haya más de una víctima deben tramitarse como Acciones de Grupo.

Evidentemente las acciones de grupo contribuyen a la economía procesal y a evitar decisiones contradictorias, pero ello no forma parte de su esencia ni de la finalidad por la cual ellas fueron previstas por la Constituyente. Tales finalidades se logran también con la acumulación de pretensiones en una demanda o la acumulación de procesos.

8.- La experiencia del derecho comparado implica que estas acciones por varias razones, notificaciones a todos los miembros, evaluación de daños grupales, etc, no resultan precisamente "baratas".

Alberto Bianchi, sobre el particular señala que *"si la controversia puede ser resuelta razonable y eficientemente a través de un litisconsorcio no hay razón para poner en funcionamiento la costosa maquinaria de las acciones de clase"*²⁴.

9.- Otra de las razones que esgrime la Corte Constitucional tiene que ver con la improcedencia de exigir la preexistencia del grupo cuando se trata de daños causados a "grupos abiertos" y aquí creemos que la Corte desconoció nuevamente en este aspecto el diseño legal de la acción de grupo.

La Ley 472 prevé la existencia de grupos determinados (con personas identificadas con nombre y apellido) o grupos determinables, con lo cual el Juez puede precisar cuál es su número y determinar cuál es la suma ponderada de las indemnizaciones individuales. No prevé la existencia de grupos abiertos, en los que *"sea imposible por las particularidades de los hechos dañinos, identificar con plenitud las personas afectadas"*.

Tendríamos serias dudas de considerar si en realidad se cumple con una función indemnizatoria cuando, como ocurre en los ejemplos que trae la Corte Constitucional, no se otorga una suma de dinero a cada uno de los miembros del grupo, sino que simplemente se condena al responsable a

²⁴ Obra citada, pág. 63.

pagar una suma de dinero por concepto de daños, pero tal suma no se paga a las víctimas²⁵.

Así se permitieran los denominados "*grupos abiertos*" tal circunstancia no afectaría la exigencia de la preexistencia del grupo, pues el hecho de que exista un grupo de características similares que lo pone en condiciones de recibir determinado daño no tiene nada que ver con que el grupo sea abierto o cerrado. El grupo de consumidores de determinado producto puede ser un grupo abierto pero evidentemente, es un grupo preexistente al daño; ese es el propio ejemplo al que remite la sentencia del Consejo de Estado.

10.- Las anteriores anotaciones nos hacen considerar desafortunada la intervención de la Corte Constitucional en la sentencia objeto de estos comentarios. En ella la Corte, en realidad, desconoce un diseño legal y lo juzga frente a la propia idea que ella tiene de lo que debieron ser las acciones de grupo, desconociendo que, como la propia corporación lo precisa, las particularidades procesales de la acción de grupo, corresponden al ámbito reservado al legislador. Lo hace bajo premisas genéricas (acceso a la justicia y eficacia) que no son desarrolladas puntualmente frente a la regulación legal que se estudió. Al intervenir de esta forma, la Corte deja vigente un diseño legal de las acciones de grupo, pero empieza a recortarle características que pertenecen al mismo y que son propias y necesarias a dicho diseño. De este modo, la jueces encargados de tramitar este tipo de acciones, van quedando con un instrumento inapropiado y la Corte, al recortarle pedazos a la estructura legal, pareciera querer ponerle punto final a un proceso de decantación jurisprudencial que debió dejarse madurar.

²⁶ Los dos ejemplos que se citan son tomados de Louis Boré, citados por Juan Carlos Henao. Op-cit: el primer caso es el siguiente: "En el fallo Taxis Amarillos de los Ángeles, que habían realizado una alza ilegal en las tarifas, el juez ordenó la reducción equivalente del precio del alza ilegal durante un mismo período de tiempo. Esta solución se sustentó en el precio exorbitante que hubiere costado la identidad de todas las personas que habían cogido un taxi durante dicho tiempo y en la imposibilidad para la mayoría de probar el monto del pago ilícito realizado, así como sobre la idea de que al ser permanente la mayoría de los clientes, serían ellos quienes se beneficiarían de la indemnización". El segundo caso es como sigue: "En el fallo 'Viau c. Sindicato canadiense de la función pública' el demandante solicitaba 20 dólares de daños por usuario, para reparar el perjuicio que le había causado una huelga en el servicio de transportes en común, después de las tres de la tarde. El tribunal calculó que en promedio 52.310 pasajeros habían usado el transporte durante el mes de huelga después de la hora dicha. Multiplicó 20 dólares por 50.000 y condenó al sindicato responsable de la huelga ilegal a un millón de dólares para reparar el perjuicio... el tribunal ordenó al sindicato responsable pagar un millón de dólares a la sociedad de transportes en común para que ésta, en contrapartida, diera un número de viajes gratuitos a sus usuarios".

Esta clase de sentencias nos hacen recordar las siguientes palabras de Zagrebelsky:

"Hoy, ciertamente, los jueces tienen una gran responsabilidad en la vida del derecho desconocida en los ordenamientos del Estado de Derecho legislativo. Pero los jueces no son los señores del derecho en el mismo sentido en que lo era el legislador en el pasado siglo. Son más exactamente los garantes de la complejidad estructural del derecho en el estado constitucional, es decir, los garantes de la necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derechos y justicia. Es más, podríamos afirmar como conclusión que entre Estado constitucional y cualquier 'señor del derecho' hay una radical incompatibilidad. El derecho no es un objeto de propiedad de uno, sino debe ser objeto del cuidado de todos"²⁶.

VIII. Ejemplos de improcedencia y de procedencia de la acción

a.- Improcedencia

Cualquier exposición teórica resulta más clara cuando la aplicamos a lo que los profesores denominan como un "ejemplo de clase". Esos ejemplos, a veces, en lugar de demostrar la teoría expuesta pueden terminar por destruirla, por lo cual, por las mismas razones que los "consultores" nunca se comprometen a poner en práctica sus estudios, los expositores no consideran prudente acudir a los "ejemplos". El ejemplo al que acudimos para sustentar este trabajo y que generó mayor polémica en la primera ocasión en que tuvimos la oportunidad de exponerlo, consistió en un accidente aéreo en el que mueren 30 personas, veinte de las cuales pertenecían a un equipo de fútbol, caso para el cual señalamos que no era procedente la acción de grupo.

Asumiendo el riesgo advertido de los ejemplos, en un caso como el planteado, estimamos que no cabe la acción de grupo por las siguientes razones:

a.- Lo único que es común a las víctimas de un accidente aéreo, que son sus familiares o damnificados con la muerte de los pasajeros del mismo es la circunstancia de haber muerto en el mismo accidente.

b.- Dada la cuantía de los daños que pueden reclamarse por cada uno de los pasajeros es evidente que no nos encontramos ante un evento en

²⁶ *El derecho dúctil*, Editorial Trotta.

el que las víctimas tendrán la tendencia a no demandar en virtud de los costos del proceso.

c.- No existe ninguna especial razón de interés público en lograr la indemnización de dichas víctimas: Su derecho a la reparación es eminentemente de carácter particular.

d.- No existiría ninguna razón para que uno o varios demandantes instauraran una Acción de Grupo asumiendo la representación de todas las víctimas. No existe entre ellas las características de homogeneidad que permitan deducir que aquellos que no han demandado entenderán estar legítima e idóneamente representados por el demandante. Tampoco existe razón que permita deducir la conveniencia de que los actos que el demandante realice, particularmente la conciliación a la que pueda llegar con la empresa demandada se extiendan a quienes no participan en el proceso.

e.- No resulta posible calcular una indemnización total y dividirla en porcentajes entre las víctimas del daño. El valor de la indemnización por cada pasajero dependerá de sus circunstancias personales, sin que exista ningún tipo de homogeneidad en el daño que permita proferir una sentencia en los términos del artículo 65 de la Ley 472.

f.- La acción de grupo no es simplemente un modo de acumular pretensiones de varias víctimas en una demanda. La acción de grupo sólo procede cuando a través de ella se pretenda obtener la reparación de **todos** los integrantes del grupo pues ella tendrá efectos de cosa juzgada no sólo frente a los demandantes sino respecto de todas las personas que lo integran. Resulta totalmente improcedente que una acción de varios demandantes, en la que sólo se piden perjuicios para ellos pues realmente a ello se circunscribe el interés de los demandantes, se tramite a través de una acción de grupo; en dicho caso debe simplemente acudir a la acumulación de pretensiones en una misma demanda, las cuales serán resueltas en una sentencia que tendrá efectos de cosa juzgada exclusivamente respecto de quienes concurrieron al proceso como demandantes. Mediante este instrumento se logrará economía procesal y se evitarán sentencias contradictorias; lo que evidentemente no se obtendrá en tal caso será una sentencia ultrapartes porque es evidente que el propósito de los demandantes no es obtener la indemnización de un grupo de víctimas del cual ellos hacen parte, sino que pretenden simplemente la indemnización de las víctimas que concurrieron como demandantes al proceso.

b.- Procedencia

1.- La doctora Beatriz Londoño Toro, quien participó en el proceso que culminó con la sentencia C-569-04 actuando como directora del Grupo de Acciones Públicas de la Universidad del Rosario, señaló algunos ejemplos en los cuales nos parece evidente la procedencia de la acción de grupo. De ellos tomamos para el presente trabajo, el relativo a los trabajadores de aerolíneas que permanecen expuestos al humo del tabaco, ante la permisión de consumo de tabaco en áreas especiales.

En este caso nos parece que sería evidente la procedencia de la acción de grupo en la medida en que:

a.- Se trata de daños de menor entidad respecto de los cuales es evidente que las víctimas, debido al costo del proceso, no estarán interesados en incoar individualmente acciones para obtener la indemnización.

b.- Existe interés público en que estos daños sean reparados con lo que se logrará que los responsables del mismo dejen de considerarlos irrelevantes por su poca cuantía individual.

c.- Existe homogeneidad entre las víctimas en forma tal que ellas podrán sentirse representadas debidamente por los demandantes.

d.- Es posible fijar una cuantía total del daño y distribuirla por porcentajes entre grupos y subgrupos teniendo en cuenta categorías como las relativas al tiempo de trabajo de los empleados de las aerolíneas.

2.- La jurisprudencia del Consejo de Estado nos otorga también un interesante ejemplo de procedencia de las acciones de grupo, en la sentencia proferida por la sección tercera de dicha corporación el 13 de mayo de 2004²⁷.

En esta sentencia se condenó a ECOPEPETROL al pago de los perjuicios reclamados por los pescadores de un río como consecuencia del escape de petróleo de un oleoducto causado por la apertura de una de sus válvulas.

De ella nos parece importante destacar:

²⁷ AG-520012331000200200226-0; Actor: HAROLD HERNÁNDEZ SANTACRUZ Y OTROS; Ponente: Dr. Ricardo Hoyos Duque.

a.- El grupo de demandantes estaba conformado por los pescadores que alegaban disminución en esta actividad y por los propietarios de predios que alegaban perjuicios en las siembras de coco plantadas en la ribera del río.

b.- En la sentencia se estimó que sólo los pescares resultaron afectados, con lo que se limitó el grupo a esta categoría de víctimas. Hecho lo anterior, se calculó el grupo total, teniendo en cuenta cuál era la población dedicada a la pesca. Por último, partiendo del ingreso promedio mensual de dicha población y teniendo en cuenta el impacto temporal del derrame de crudo en la actividad pesquera, se calculó una suma como perjuicio total para el grupo.

c.- En la sentencia se fijó un monto total de perjuicios y se dispuso que el mismo se repartiría –en partes iguales– para los pescadores que participaron como demandantes en el proceso y para aquellos que se hicieran parte dentro del término legal de 20 días desde la publicación de la sentencia. Se estableció un grupo (no se clasificó en subgrupos) y el criterio de distribución porcentual simplemente consistió en repartir por partes iguales la totalidad del daño.

d.- Como condiciones para ser beneficiario de la condena dentro del término legal, se exigió la demostración de los siguientes requisitos: *"i) que al tiempo de ocurrencia del hecho objeto de este proceso estaban domiciliados en el municipio de Tumaco y ii) subsistían de la actividad pesquera en el río Rosario o los afluentes que resultaron contaminados"*.

3.- El caso fallado en la sentencia anterior, nos parece un muy buen ejemplo para aplicar la explicación expuesta en la ponencia del doctor ALIER HERNÁNDEZ relativa a la diferencia entre el ámbito de la Acción Popular (intereses o derechos colectivos) y la Acción de Grupo (suma de derechos individuales).

La pregunta que habría que hacernos en este caso, en el que se indemnizaron los daños a los pescadores particulares afectados es: ¿Qué pasa con los derechos al medio ambiente causados por el derrame de crudo? ¿En qué forma se indemnizan?

Creo que la respuesta consiste en indicar que la vía procedente para que se resarzan dichos daños es precisamente la Acción Popular, que es la consagrada no sólo para evitar la causación de daños colectivos sino para lograr su resarcimiento.

En sentencia de la Acción Popular el Juez, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34 de la ley debe:

a.- Ordenar el restablecimiento disponiendo el cumplimiento de obligaciones de hacer o de no hacer.

b.- *“Condenar al pago de los 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 ello fuere físicamente posible”*. Y para el caso de los daños a los recursos naturales, se dispone expresamente que *“el Juez procurará asegurar la restauración del área afectada destinando para ello una parte de la indemnización”*.

En esta dirección, el doctor ALIER HERNÁNDEZ precisa:

“En otros términos, la indemnización del daño –fuera éste colectivo o individual– se concibió como un aspecto comprendido en la figura de la acción popular, ‘sin perjuicio de las acciones individuales’”²⁸.

“Se entendió, correctamente, que se trataba de dos mecanismos procesales diferentes, cuyo propósito protector tenía, también, objetivos distintos, sin perjuicio de que, entre ellos, pudiera existir, en ocasiones, estrecha relación, como por ejemplo, cuando el quebranto de un derecho colectivo, cuya protección en principio es propia del campo de la acción popular, produce daños individuales cuya indemnización es propia de la acción de grupo”.

IX. El carácter exclusivamente indemnizatorio de la Acción de Grupo

La advertida naturaleza indemnizatoria de la acción de grupo impone estudiar otra circunstancia que, a nuestro modo de ver, también debe

²⁸ Incluso, alguna parte del debate giró en torno de la inclusión de lo que hoy se conoce como la acción de cumplimiento, como una acción popular más y así se concretó en los proyectos siguientes. En cuanto a la protección de los consumidores, vale la pena destacar estas palabras del constituyente Jesús Pérez González-Rubio: *“... el problema que desde el punto de vista jurídico tienen los consumidores para hacer valer sus derechos, es el de que no existe un mecanismo que permita hacer la condena en el juicio correspondiente, la condena colectiva y luego establecer un mecanismo que le permita a los perjudicados tratar de obtener ya en términos individuales, es decir, son dos cosas distintas, hay un daño colectivo, un producto de mala calidad se le vendió a todo el mundo, un producto tenía un contenido inferior al que decía el empaque, al que creía el consumidor que estaba comprando, y entonces allí hay un daño colectivo, individualmente no hay manera de demandar, se demanda el daño colectivo, luego hay que establecer un mecanismo para individualizar la indemnización...”*.

aplicarse como criterio restrictivo para determinar cuál es el ámbito dentro del cual operan las Acciones de Grupo.

El artículo 46 de la Ley 472 de 1998 dispone textualmente que *"la acción de grupo se ejercerá **exclusivamente para obtener el reconocimiento y pago de la indemnización de los perjuicios**"*.

La circunstancia anterior, a nuestro modo de ver, no permite que mediante este tipo de acción puedan reclamarse daños que impliquen declaraciones judiciales distintas a las provenientes de la responsabilidad extracontractual. No permite, en consecuencia, el reconocimiento de perjuicios cuando el mismo sea consecuencia, de la **ilegalidad de un acto administrativo, del incumplimiento de un contrato**. Y tampoco es adecuada en todos aquellos casos en los que, como ocurre en el enriquecimiento sin causa, lo que se pide es una restitución y no una reparación.

A. Improcedencia de la acción el daño se origine en un Acto Administrativo Ilegal

1.- Para evidenciar la improcedencia de la Acción de Grupo cuando el daño se origine en un acto administrativo ilegal, estimamos necesario distinguir entre la noción de RESTABLECIMIENTO y la noción de REPARACIÓN DE PERJUICIOS, pues creemos que ellas obedecen a finalidades y principios distintos.

Sobre este particular no compartimos lo sostenido por la Corte Constitucional en la cita que de ella hace el doctor ALIER HERNÁNDEZ, en su ponencia, en la cual se confunden los anteriores conceptos.

Expresa la Corte:

"La naturaleza indemnizatoria de la acción de grupo debe ser interpretada de manera amplia... ella no solo cubre la indemnización por pago de un equivalente monetario, sino también, tal y como lo han indicado la doctrina y la práctica jurisprudencial comparada, otras formas de indemnización, **como el restablecimiento del derecho in natura o la imposición de obligaciones de hacer que no tienen estrictamente equivalente pecuniario, pero que permiten restablecer y dejar indemne el derecho que fue vulnerado**"²⁹.

²⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-569-04.

El restablecimiento no es una reparación en natura; mediante las medidas de restablecimiento se evita que el perjuicio siga causándose y mediante la indemnización de perjuicios se logra cubrir la brecha que el hecho dañoso ha generado en el patrimonio de la víctima.

2.- Si una persona pierde un bien de su propiedad (determinado vehículo por ejemplo) la reparación podrá ser en **natura** si se ordena entregarle un bien con las mismas características o en **por equivalente** si se ordena que el responsable, en lugar de lo anterior, le entregue el valor de dicho bien.

Adriano De Cupis³⁰, al tratar este tema indica que existen dos formas de reparación del daño: La reintegración en forma específica, que implica crear una situación "*materialmente correspondiente a la que existía antes de producirse un daño*" y el resarcimiento en el cual "*se establece una situación económicamente equivalente a la que comprometió el daño producido*".

Agrega este autor:

"El concepto de reintegración en forma específica, puede acoplarse a formas distintas de reparación in natura y así abarcar la restitución de la cosa sustraída ilícitamente; la sustitución de la cosa ilícitamente destruida con otra perteneciente a su mismo género; la reparación de lo ilícitamente destruido. Estas distintas formas de reparación natural están adornadas del carácter restitutorio, bien sea que se realice la restitución por un *dare* por un *facere* distinto del *dare*, que pretendan crear para el futuro una situación material correspondiente a la existente con anterioridad a la protección del daño... Los ejemplos aducidos confirman cómo la reintegración en forma específica puede comportar para el perjudicado una reparación más eficaz y perfecta que la reparación por equivalente, es decir, que el resarcimiento".

3.- Cuando un Juez decreta el RESTABLECIMIENTO DE UN DERECHO, está ordenando, a partir de dicho momento, que cesen los efectos del daño hacia el futuro.

Pero, para que el daño sea reparado, en realidad, es menester que el Juez disponga la indemnización correspondiente a las consecuencias de ese hecho, producidas desde su ocurrencia hasta el momento del restablecimiento.

³⁰ De Cupis, *El Daño*, pág. 813.

Así, si mediante un acto administrativo ilegal se dispone la destitución de un servidor público, la medida de restablecimiento que el Juez decretará como consecuencia de la nulidad del acto será ordenar la restitución del empleado al cargo que venía ocupando, con lo cual, a partir de dicho momento cesarán de producirse los daños que venían causándose. Esta medida logra entonces la cesación –hacia el futuro– del daño. Pero la reparación del daño consistirá –en realidad– en condenar a la Entidad que profirió el acto a pagar al empleado los salarios y demás ingresos laborales dejados de percibir desde el momento de su despido y hasta aquel en que se produzca su reintegro. Si se dispone como medida de restablecimiento la apertura de un establecimiento comercial cerrado como consecuencia de un acto administrativo, o si se ordena la cesación de un acto de competencia desleal desarrollada por un comerciante se estará –en realidad– suspendiendo la causación del daño o si se quiere terminando –hacia el futuro– la causación del mismo.

En los casos anteriores, no se está REPARANDO un daño.

ADRIANO DE CUPIS, enseña que en este caso *“el remedio consiste en la facultad de obtener la cesación de la actividad lesiva y en consecuencia pretende paralizar el daño deteniendo su desarrollo... Este remedio pretende prevenir el daño posterior... El objeto de este remedio es el daño todavía no producido que podría posteriormente ser causado por la actividad iniciada, si tal actividad fuese proseguida; bajo tal aspecto, este remedio desempeña una función preventiva, si bien tal función aparece después de que el daño ha empezado a producirse... Tal remedio presupone una actividad perjudicial continuada; y **consiste en la facultad conferida al perjudicado de obtener, independientemente del resarcimiento por el daño ya causado, la cesación de tal actividad, mediante la intervención judicial evitando su prosecución**”³¹.*

4.- Si se distinguen las nociones de RESTABLECIMIENTO y de REPARACIÓN DE PERJUICIOS, tendremos que concluir que la Acción de Grupo no es procedente para sustituir las acciones de nulidad y restablecimiento previstas en el C.C.A., así el número de víctimas de un mismo acto administrativo sea superior a veinte.

La propia Ley 472, cuando se refiere a las Acciones Populares distingue perfectamente las nociones anteriores y por tal razón cuando se atenta

³¹ De Cupis, obra citada, pág. 578.

contra derechos colectivos se precisa que el Juez debe, además de ordenar medidas de RESTABLECIMIENTO, condenar al pago de los PERJUICIOS causados, en favor de la entidad responsable de la protección del derecho vulnerado. A este punto nos referimos en el acápite precedente.

5.- Adicionalmente a lo anterior, en estos casos el Juez está obligado a pronunciarse sobre la LEGALIDAD de un acto administrativo como condición previa para ordenar el restablecimiento del derecho afectado con el mismo. No se trata de una acción que se ejerza *“exclusivamente para obtener el reconocimiento y pago de la indemnización de perjuicios”* ella implica –primero– la declaración de nulidad de un Acto Administrativo. Por esta razón, resulta improcedente acudir a la Acción de Grupo, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley 472 de 1998.

6.- Considerar que la acción de grupo es procedente para indemnizar los daños provenientes de los Actos Administrativos implicaría:

a.- Acudir a un procedimiento no previsto por la ley para casos específicos: La acción de nulidad y restablecimiento, está sujeta a características propias de dicha acción, que no están previstas en la Acción de Grupo. Para dar sólo algunos ejemplos, debe recordarse que en la Acción de Nulidad y Restablecimiento el actor debe señalar en la demanda la norma violada y precisar cuál es el concepto de la violación, todo lo cual determina la competencia del Juez al momento de fallarla.

b.- Esta acción está sujeta a un término de caducidad corto (cuatro meses) establecido con el propósito de dar certeza sobre la ejecutoria de los Actos Administrativos. Dicho término terminaría siendo desconocido si se permite que este tipo de pretensiones se tramiten mediante la Acción de Grupo.

B. Improcedencia para acciones contractuales

Del texto de la Ley 472 de 1998 no se deduce que la Acción de Grupo hubiese sido concebida o regulada para lograr la reparación de perjuicios derivados del incumplimiento de un contrato. Por el contrario, de dicha ley se infiere que esta acción fue prevista para lograr la reparación de perjuicios extracontractuales, derivados de hechos u omisiones.

En efecto:

1.- Si bien es cierto, que el artículo 50 de la ley, al referirse a la jurisdicción competente para conocer las acciones de grupo contra entidades públicas

se refiere a las originadas en la "actividad de las entidades públicas" y que, como lo afirma el doctor ALIER HERNÁNDEZ en su ponencia, el "vocablo actividad es genérico³² y comprende todas las manifestaciones de las entidades públicas, en sus diferentes funciones", también es cierto que:

a.- El artículo 51, al determinar el juez competente para conocer las acciones de grupo, hace referencia "al lugar de ocurrencia de los hechos" sin referirse de ninguna manera al lugar de celebración o de ejecución del contrato.

b.- El artículo 52, al determinar contra quien se dirige la acción de grupo señala que "la demanda se dirigirá contra el presunto responsable del hecho u omisión que la motiva".

c.- El artículo 55, al referirse a la integración de grupo, alude a los daños causados 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".

2.- La Ley 472 de 1998, como antes lo señalamos, establece la Acción de Grupo con la finalidad *exclusiva* de obtener el reconocimiento y pago de una indemnización; y para que proceda el pago de una indemnización en materia contractual es menester que el Juez se pronuncie previamente sobre la validez del contrato y sobre el cumplimiento de sus obligaciones.

3.- Lo que normalmente ocurrirá respecto de los daños originados en el incumplimiento de un contrato es encontrarnos bajo los supuestos de un litisconsorcio necesario en el cual se requiere la presencia de todos quienes fueron parte en el mismo para poder adoptar las decisiones relativas al mismo. Y el litisconsorcio necesario que supone la presencia obligatoria de todas las partes es incompatible con una acción que puede tener efectos respecto de quienes no fueron parte en ella.

4.- Igualmente, lo que normalmente ocurrirá en el evento de un contrato es que frente al Contratante demandado opondrá excepciones de incumplimiento frente al demandante; y en muchos casos también demandará en reconvencción. Estas eventualidades no parecen poder resolverse en una Acción de Grupo en la cual debe disponerse una reparación –en forma uniforme– para los demandantes que integren el grupo.

³² De acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española es el "conjunto de operaciones o tareas propias de una persona o entidad". XXI edición, 1992.

5.- Es evidente que podrán presentarse determinados ejemplos en los cuales daños contractuales logren tramitarse mediante una Acción de Grupo. Pero, en principio, consideramos que esta acción no fue prevista para ese tipo de daños. El contrato genera efectos relativos, sólo para las partes que lo celebraron; y bajo ese esquema no parece resultar apropiada una acción que tiene como característica esencial precisamente los efectos ultrapartes de la sentencia.

C. Improcedencia que se pide es una restitución, como ocurre con el enriquecimiento sin causa

1.- La noción de perjuicio como fuente de obligación y entendido este como la disminución producida en el patrimonio de la víctima como consecuencia de una acción u omisión del responsable, es totalmente distinta a la obligación de **restitución**.

Carbonnier, explica la diferencia entre estas dos fuentes de obligación de la siguiente manera:

“De ciertos eventos o acontecimientos que la doctrina moderna califica como **hechos jurídicos** (no existe la voluntad de que de ellos nazcan obligaciones), el derecho hace nacer obligaciones que **no han sido realmente queridas por los obligados**. Estas obligaciones, tienden a restablecer en un patrimonio un estado anterior que el hecho jurídico, ha roto. (Uno podría llamarlas como **restablecimiento del statu-quo anterior**).

“La ruptura de ese equilibrio puede venir de **una brecha que se ha hecho en ese patrimonio, puede provenir, por el contrario de que se ha dado de más en dicho patrimonio**”.

“Se trata entonces de hechos jurídicos dañosos y de hechos jurídicos provechosos. Según el caso, **la justicia consistirá en reparar o en restituir**”.

“El daño causado a otro, generará una obligación de **reparación**; el provecho recibido, de otro, será la fuente de una obligación de **restitución**. La primera categoría, tiene una importancia práctica incomparablemente más grande: es todo el dominio de la responsabilidad extracontractual por oposición a la responsabilidad contractual”.

“Igualmente, puede suceder que, por su hecho, el hombre procure una ventaja a otro, del mismo modo que él puede causarle un daño.

Esta transferencia de valores sugiere la idea de un equilibrio a restablecer entre los patrimonios. Pero esta idea, puramente material, es muy vaga para poder fundar sólo sobre ella, consecuencias jurídicas. Del mismo modo en que todos los perjuicios no son reparables, no todos los provechos son restituibles. Ellos no lo son sino cuando su materialidad está caracterizada por ciertos elementos, psicológicos o jurídicos”.

“Los hechos jurídicos aprovechables, se diferencian de los hechos jurídicos dañosos en que ellos son siempre, por ellos mismos, hechos lícitos; es solamente la conservación del provecho, lo que bajo ciertas condiciones, puede parecer ilícita. Entre ellos se pueden diferenciar por el grado de generalidad, **los cuasicontratos y el enriquecimiento sin causa**”.

2.- Cuando la fuente de responsabilidad es un *“hecho aprovechable”*, o el cobro o pago indebido de una suma de dinero, no estamos ante un *“hecho dañoso”* que dé lugar a reparación. En este caso, la obligación de quien incrementó indebidamente su patrimonio consistirá simplemente en restituir al patrimonio del demandante el valor adquirido de más en su patrimonio. El que incrementó su patrimonio enriquecido no tiene la obligación de **indemnizar**; tiene la obligación de **restituir**.

3.- La obligación de reparar un perjuicio tiene presupuestos totalmente distintos de la de restituir una suma de dinero indebidamente cobrada o pagada. En el primer caso el Juez constatará simplemente la existencia de un daño causado por el demandado. En el segundo caso, deberá pronunciarse sobre la LEGALIDAD del cobro que el demandante califica de ilícito.

La jurisprudencia del Consejo de Estado, antes de proferida la sentencia de la Corte Constitucional, venía señalando sobre este aspecto:

“V. Ahora bien, no puede perderse de vista que el ordenamiento jurídico debe ser interpretado en su integridad. La Constitución al tiempo que estableció algunas acciones específicas: la de tutela para la protección de derechos fundamentales (art. 86); la de cumplimiento para lograr la efectividad de las leyes o actos administrativos (art. 87); la popular para la protección de los derechos colectivos y **para la reparación de los daños ocasionados a un número plural de personas la de grupo** (art. 88), previó que “además de las consagradas en los artículos anteriores, la ley establecerá los demás recursos, las acciones y los procedimientos necesarios para que puedan propugnar por la integridad del orden jurídico y por la

protección de sus derechos individuales, de grupo o colectivos, frente a la acción u omisión de las autoridades públicas" (art. 89).

"Esto significa que cada una de las acciones constitucionales o legales que existe en el ordenamiento participa del objetivo general que es la eficacia de los derechos, pero tiene a su vez un objetivo específico que la diferencia de las demás en tanto es el mecanismo idóneo para la protección de un derecho determinado.

"Corolario de lo anterior es que **ninguna acción puede sustituir a otra**. Por lo tanto, en cada caso debe identificarse el interés que se pretende proteger para definir cuál es el mecanismo de defensa judicial procedente.

"VI. El artículo 85 del Código Contencioso Administrativo establece que "quien pretenda que le modifiquen una obligación fiscal, o de otra clase, o la devolución de lo que pagó indebidamente" podrá ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

"En consecuencia, como la demanda en el caso concreto se dirige a obtener la reparación de los perjuicios que sufren los habitantes del municipio de Yopal por el cobro de la tasa de alumbrado público, pues según lo que en ésta se afirma dicha contribución es ilegal, la acción procedente en los términos del artículo 85 citado es la de nulidad y restablecimiento.

"Es cierto que los demandantes cumplen con el requisito establecido en el artículo 46 de la Ley 472 de 1998, en cuanto al número y son habitantes del municipio de Yopal a quien la Empresa de Energía de Boyacá le presta el servicio de alumbrado público **y, además**, son usuarios del **servicio domiciliario** de energía eléctrica, pero no reúnen condiciones uniformes previas en relación con la causa del daño.

"Para la Sala es claro que el servicio de alumbrado público se presta al **municipio**, sin que pueda convertirse en domiciliario por el simple hecho de su cobro como sobretasa a los usuarios del servicio de energía.

"En tales condiciones, resulta claro que los afectados con la facturación que **consideran ilegal deben entablar las correspondientes acciones en forma individual o acumulada pero no a través de la acción de grupo.**

En consecuencia, se revocará el fallo impugnado y en su lugar se negarán las pretensiones de la demanda por indebido ejercicio de la acción”³³.

4.- En lo que tiene que ver con el enriquecimiento sin causa, es claro que aquí no hablamos de reparación de un perjuicio. Esta figura se presenta, por el contrario, cuando por un hecho del demandante se produce un incremento en el patrimonio del demandado, sin que haya ninguna causa que justifique dicho incremento; y precisamente por esta razón, el demandado debe restituir (no reparar) al demandante lo que éste ha recibido injustificadamente.

El “**empobrecimiento**” que es condición de la *actio in rem verso*, es una noción distinta del **daño**, que es una condición de la responsabilidad civil, tanto contractual como extracontractual, punto que es explicado por la doctrina de la siguiente manera:

“El empobrecimiento y el daño coinciden en consistir en una baja patrimonial, **pero la del daño implica la responsabilidad de alguien en su causación y comprende además el daño moral, en tanto que la del empobrecimiento es un desplazamiento lícito al patrimonio del enriquecido que no compromete la responsabilidad de éste, sino que simplemente obliga a restituirlo por ser sin causa, y que no comprende de suyo beneficios morales.** No se puede, por consiguiente, hacer de una simple similitud de apariencia, una identidad cualitativa. Enriquecimiento sin causa y responsabilidad son instituciones diversas, con diversa fundamentación diversa dinámica y diversas modalidades accidentales³⁴.”

VIII. A manera de conclusión

1.- Como lo señalamos al principio de nuestra exposición, estimamos que no obstante la declaratoria de inexecutable de la Corte Constitucional, no puede concluirse que la Acción de Grupo es procedente en todos los casos en los cuales se reclamen perjuicios causados por un mismo hecho dañoso a un número igual o superior a veinte víctimas.

³³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del diecisiete (17) de mayo de dos mil uno (2001). Radicación número: 85001-23-31-000-2000-0013-01(AG-010). Ponente: Dr. Ricardo Hoyos Duque.

³⁴ Raimundo Emiliani Román. *El enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones*. Pág. 92.

2.- Los efectos de la sentencia de la Corte Constitucional deberían entenderse en el contexto en que dicha sentencia se expone y, en sana lógica deberíamos concluir que como ella declaró inconstitucional la exigencia de una *"organización previa"*, en realidad no afectó para nada la tesis del Consejo de Estado pues, como puede comprobarse con la lectura de lo que la propia Corte estima como el fallo *"fundante"* de dicha tesis, el Consejo de Estado nunca formuló tal exigencia.

Los jueces, que actualmente, en lugar de estar sometidos al imperio de la ley, deben estarlo al de la jurisprudencia cuando ésta se considera como cosa juzgada y por tanto se estima obligatoria, deben considerar como contrario a la Constitución la exigencia consistente en que, para que proceda la acción de grupo las personas que lo integren deben acreditar que antes de la existencia del daño hacían parte de una persona jurídica: La Corte entendió que esta era la exigencia que se venía haciendo y dicha exigencia fue la que quedó prohibida.

3.- Por el contrario, la tesis jurisprudencial original, la que realmente expuso en Consejo de Estado no puede entenderse como prohibida por la sentencia de la Corte, pues a ella, en la realidad, no se hizo referencia en la sentencia de la Corte Constitucional.

4.- Habría que entender la existencia de un grupo predeterminado, no como una asociación sino como la *"expresión de la estructura tendencialmente unitaria del colectivo, que permita la unicidad del tratamiento de esos intereses y uniformidad de efectos de la resolución jurisdiccional"*³⁵.

5.- Creemos que esta acción sólo será procedente cuando el caso planteado pueda resolverse mediante ella, teniendo en cuenta los efectos de la sentencia y las disposiciones que allí deben adoptarse. Y consideramos, con fundamento en las disposiciones expresas de la ley, que al demandante le incumbe explicar en la demanda la razón por la cual dicha acción es la procedente para resolver el conflicto que en ella se plantea y el Juez tiene el deber, al admitir la demanda, de pronunciarse expresamente sobre las razones por las cuales estima que ella es procedente. Sólo de esta manera podrá diferenciarse la Acción de Grupo de la acumulación subjetiva de pretensiones.

6.- Consideramos que, en esencia, el Juez tiene un poder discrecional para determinar cuándo procede la acción de grupo, no sólo teniendo en cuenta el

³⁵ Expresión tomada a partir del artículo José OVALLE FAVELA, del Boletín Mexicano de Derecho Comparado, haciendo referencia a la distinción entre los intereses colectivos y los intereses difusos, hecha por Vincenzo Vigoriti.

número de víctimas, sino su adecuación al caso planteado. En el evento de que el caso no se ajuste a estas disposiciones el Juez debe darle a la demanda el trámite correspondiente a una demanda ordinaria con pretensiones acumuladas, sin ella cumple con los requisitos legales previstos para tal fin.

No estimamos adecuado, como lo plantea el doctor RAMIRO BEJARANO, establecer una causal adicional de rechazo, puesto que esta figura, cuando se aplica de plano o *in limine*, debe consagrarse sólo para los eventos en los cuales resulte totalmente improcedente adelantar el proceso, como ocurre en los casos en que desde la presentación de la demanda se advierte que ha operado la caducidad de la acción.

7.- Compartimos la preocupación expresada por el doctor RAMIRO BEJARANO en el sentido de que dejar la admisión de la demanda al criterio discrecional del Juez puede atentar contra la seguridad jurídica y no resulta apropiado en una regulación adecuada del proceso, en el cual poco o nada debe dejarse a la discreción del Juzgador. Esta dificultad, sin embargo, puede sortearse si se advierte que el Juez debe motivar la providencia en la cual decide sobre la procedencia de la acción de grupo y que dicha motivación debe fundarse en las reglas establecidas en toda las disposiciones que integran la Ley 472 de 1998.

8.- No estamos de acuerdo con la exigencia relativa a que, cuando el legislador se refiere a elementos uniformes de la responsabilidad, deba entenderse que los miembros del grupo deben alegar el mismo fundamento jurídico de la misma. Ello implicaría que si uno de los demandantes estima que la actividad que causó el daño es peligrosa y por tanto debe aplicarse la teoría del riesgo y otro considera que no lo es razón por la cual la responsabilidad sólo puede configurarse demostrando la culpa, no puede integrarse el grupo.

No compartimos esta posición del doctor RAMIRO BEJARANO, porque ella desconoce la aplicación del principio denominado por la jurisprudencia como *iuris novit curia*, de acuerdo con el cual las partes deben afirmar los hechos pero es el Juez quien debe decidir el régimen jurídico bajo el cual los juzga.

9.- Estamos de acuerdo con que la Acción de Grupo no está limitada a derechos colectivos. Pero consideramos que ella sólo es apta, por disposición legal, para reclamar perjuicios, por lo cual no puede reemplazar las acciones de nulidad y restablecimiento ni las acciones contractuales y menos puede utilizarse para reclamar restituciones por pagos indebidos o fundadas en el principio de enriquecimiento sin causa.

Bogotá, septiembre de 2005.