

**ARTÍCULOS DE
DIVULGACIÓN**

LAS ACCIONES DE GRUPO. UNA VISIÓN A TRAVÉS DE LOS PROCESOS COLECTIVOS

Mónica Vásquez*

Lorena Barrios**

María Carolina Ibáñez***

Anny Rangel****

Natalia Valencia*****

* Abogada. Docente Procesal Civil. Directora Consultorio Jurídico. Universidad del Norte.

Dirección postal: Universidad del Norte, Km 5, vía a Puerto Colombia. A.A. 1569, Barranquilla (Colombia). *mvasquez@uninorte.edu.co*

** Estudiante VIII semestre, División Ciencias Jurídicas, Universidad del Norte. Miembro de grupo de estudios procesales.

*** Estudiante X semestre, División Ciencias Jurídicas, Universidad del Norte. Miembro de grupo de estudios procesales.

**** Estudiante X semestre, División Ciencias Jurídicas, Universidad del Norte. Miembro de grupo de estudios procesales.

***** Estudiantes X semestre, División Ciencias Jurídicas, Universidad del Norte. Miembro de grupo de estudios procesales.

Resumen

Las acciones de grupo nacieron en Colombia a partir de la promulgación de la Constitución de 1991. Dichas acciones fueron insertadas en el texto constitucional de manera muy general y difusa, por lo tanto, se hizo necesario desarrollarlas mediante una ley. La ley 472 de 1998 reglamentó aspectos particulares de las acciones de grupo y el procedimiento que se debía seguir para su aplicación. Este artículo analiza los derechos que se deben proteger por medio de estas acciones, el grupo y su composición y algunos aspectos, discutidos por la doctrina, sobre el procedimiento.

Palabras claves: Acciones de grupo, derechos, grupos.

Abstract

Class Actions were born in Colombia since 1991 Constitution was promulgated. There, we found them generally and widely spread so it became necessary to develop them in a law. The 472 law of 1998, ruled particular aspects of class actions and the procedure so they could be effective. This article analyzes the rights that should be protected by class actions, the group and its composition and some aspects that are discussed by the doctrine about the procedure.

Key words: Class actions, rights, group.

INTRODUCCIÓN

La economía procesal es un factor determinante para el surgimiento de un tipo de acción conjunta para reclamar la indemnización de perjuicios sufridos por un grupo determinado. La Constitución Política de Colombia de 1991 incorpora las acciones de grupo como una forma de acción colectiva, dentro de la cual también encontramos las acciones populares. La acciones de grupo como forma colectiva de reclamar los perjuicios sufridos por un conjunto de personas a raíz de un daño común, han sido desarrolladas en nuestro país a partir de la Ley 472 de 1998, la cual será objeto de análisis en este trabajo, para tratar de precisar su alcance e interpretar algunos conceptos como la conformación del grupo, el tipo de derechos protegidos y en general aspectos procedimentales.

1. Antecedentes

A partir de la Constitución de 1991 se comienzan a vislumbrar los derechos de tercera generación¹, y con éstos se resalta en el panorama jurídico colombiano los mecanismos especiales para protegerlos, las acciones populares y las acciones de grupo.

La Constitución de 1991 definió a Colombia como un Estado Social de Derecho inclinado a la prevalencia del interés general sobre el particular y a la protección de sus asociados a través de la consagración de derechos de primera, segunda y tercera generación; los primeros llamados fundamentales, los segundos, sociales, culturales y económicos, y los terceros, ambientales y colectivos².

¹ Con esta denominación se hace referencia a la existencia en los últimos años, junto a la constatación y reivindicación de los tradicionales derechos (civiles y políticos y económicos sociales y culturales) de unos nuevos derechos humanos, surgidos como consecuencia de la especificidad de las circunstancias históricas actuales y que responden ante todo al valor solidaridad. Tomado de www.eurosur.org. *Curso Sistemático de Derechos Humanos*.

² DEFENSORÍA DEL PUEBLO (2002, agosto). *Los derechos e intereses colectivos, defensa a través de las acciones populares*. "La necesidad de protección eficaz de los derechos e intereses colectivos no consiste en un simple reto académico. Por el contrario, su desconocimiento y desprecio ponen en peligro la vida, la integridad psicofísica, la salud, tranquilidad y otros bienes sin los cuales el existir del ser humano se ve degradado hasta extremos que se identifican con las mas dramáticas condiciones de injusticia".

Asimismo consagró en rango constitucional las diversas acciones o mecanismos de protección para hacerlos valer, tales como las acciones de tutela, de cumplimiento, populares y de grupo, estas últimas consagradas en su artículo 88³. Sin embargo, es importante recordar que las acciones populares y de grupo ya se presentaban en nuestro ordenamiento jurídico; las primeras, consagradas en el Código Civil, artículo 1005⁴, y las segundas, desde 1982, con el Decreto 3466⁵, que estipula las normas

³ Sentencia C-157 de 1998. “Las acciones previstas en la Carta deben consultar el principio de efectividad de los derechos, según el conocido principio del artículo 2 de la Constitución Política”.

ART. 88.—La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.

También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares.

Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos. (CD ROM Constitución Política Legis).

⁴ ART. 1005.—La municipalidad y cualquiera persona del pueblo tendrá en favor de los caminos, plazas u otros lugares de uso público, y para la seguridad de los que transitan por ellos, los derechos concedidos a los dueños de heredades o edificios privados.

Y siempre que a consecuencia de una acción popular haya de demolerse o enmendarse una construcción, o de resarcirse un daño sufrido, se recompensará el actor, a costa del querellado, con una suma que no baje de la décima, ni exceda de la tercera parte de lo que cueste la demolición o enmienda, o el resarcimiento del daño; sin perjuicio de que si se castiga el delito o negligencia con una pena pecuniaria, se adjudique al actor la mitad. (CD ROM Código Civil Legis).

⁵ ARTÍCULO 29o. **Procedimiento para asegurar la efectividad de las garantías**

En caso de incumplimiento total o parcial de la garantía mínima presunta o de las demás garantías de un bien o servicio, el consumidor afectado podrá solicitar que se obligue al proveedor o expendedor respectivo a hacer efectiva la garantía o garantías o, si fuere procedente de acuerdo con el artículo 13o. del presente decreto, a cambiar el bien por otro o, si se manifestare que se desea desistir de la compraventa del bien o de la obtención del servicio, a reintegrar el precio pagado por el bien o servicio. En todo caso se podrá también solicitar la indemnización de los daños y perjuicios a que hubiere lugar.

La solicitud formulada conforme al inciso precedente se tramitará por las autoridades jurisdiccionales competentes, de conformidad con las reglas propias del proceso verbal previsto en el Título XXIII del libro 3o. del Código de Procedimiento Civil y las adicionales señaladas en el artículo 36o. La sentencia mediante la cual se decida la actuación sólo podrá ser favorable al expendedor o proveedor si éste demuestra que ha habido violación de los términos o condiciones de la garantía o garantías por parte del consumidor o que no ha podido dar cumplimiento a la garantía o garantías

que componen el estatuto del consumidor, y posteriormente en otras reglamentaciones contra la competencia desleal general y la información privilegiada en el mercado de valores⁶.

Así las cosas, el doctrinante colombiano Pedro Pablo Camargo⁷ define la existencia de cuatro tipos de acciones de grupo, los cuales fueron incluidos como formas especiales de la acción en el artículo 69 de la Ley 472 de 1998⁸:

1. Indemnización de daños y perjuicios al consumidor de bienes y servicios para la satisfacción de necesidades. Consagrada en los artículos 36 y 37 del Decreto 3466 de 1982.

debido a fuerza mayor o caso fortuito, siempre y cuando no haya podido satisfacerla por intermedio de un tercero.

En la parte resolutive de la providencia que decida la actuación se ordenará al productor, según lo haya solicitado el reclamante, hacer efectiva la garantía o garantías no satisfechas, reintegrar el precio pagado por el bien o servicio, o cambiar el bien por otro de la misma especie, en un plazo razonable a juicio de quien emita la providencia; así mismo, se dispondrá el pago del valor demostrado por el reclamante, por concepto de los perjuicios causados. En la misma providencia se indicará que se causa una multa, en favor del Tesoro Público, equivalente a una séptima parte del valor del salario mínimo legal mensual vigente en Bogotá, D.E., al momento de expedición de aquélla, por cada día de retardo en su cumplimiento. (www.sic.gov.co).

⁶ MIRANDA, Alfonso. Libre competencia como derecho o interés colectivo susceptible de protección a través de las acciones populares y de grupo. *Memorias Defensoría del Pueblo, Foro sobre derechos e intereses colectivos*, 2000. "El derecho a la libre competencia es la posibilidad que tienen todas las personas en un sistema de mercado de concurrir al mercado y ofrecer bienes y servicios en condiciones de equidad e igualdad. Cuando hablamos de derecho a la libre competencia nos referimos a ese concepto desde varios puntos de vista: 1. Desde el punto de vista objetivo, el derecho a la competencia es el conjunto de normas a través de las cuales se quiere hacer efectivo ese derecho constitucional. 2. Desde el punto de vista subjetivo se divide en dos aspectos: desde el punto de vista de la oferta y de la demanda. Desde el punto de vista de la oferta es el derecho que tienen todas las personas en Colombia de concurrir a los mercados o ofrecer bienes y servicios en condiciones de igualdad y equidad con el objeto de crear y mantener una clientela. Desde el punto de vista de la demanda es el derecho que tienen todos los consumidores de adquirir bienes y servicios en condiciones de libre competencia."

⁷ CAMARGO, Pedro Pablo. *Las acciones populares y de grupo*, 4ª ed. Bogotá: Leyer.

⁸ Ley 472 de 1998, Art. 69: Las acciones de grupo contempladas en el Art. 76 de la Ley 45 de 1990 en el Art. 1,2,3,2 del Decreto 653 de 1993 (estatuto orgánico del mercado público de valores) y en el Decreto 3466 de 1982, artículos 36 y 37, se tramitarán de conformidad con lo dispuesto en el presente título.

2. Acción indemnizatoria por daños ocasionados por prácticas de competencia desleal en la intermediación financiera y actividad de los seguros. Contenida en el artículo 76 de la Ley 45 de 1990.
3. Acción indemnizatoria por daños por competencia desleal en el mercado general. Ley 256 de 1996.
4. Acción indemnizatoria por los daños ocasionados por práctica de competencia desleal basada en información privilegiada en el mercado de valores. Decreto 653 de 1993, declarado inconstitucional en algunos de sus apartes por la Corte Constitucional.⁹

Desde que se discutió la incorporación del artículo 88 en la carta política de 1991 no hubo mayor criterio de claridad y unidad para separar las acciones populares de las de grupo, de manera que en un principio se trataron indistintamente como conceptos equivalentes. En primera oportunidad, la Comisión Quinta de la Asamblea Nacional Constituyente, que tuvo a su cargo los asuntos económicos, sociales y ecológicos, trató de buscar una figura que protegiera los derechos colectivos, por lo cual planteó las acciones populares para obtener protección preventiva e indemnizatoria¹⁰. Por su parte, la Comisión Primera trabajaba en lo concerniente a los mecanismos de protección de los derechos fundamentales y del orden jurídico, y estableció algunas precisiones a lo tratado por la Comisión Quinta, distinguiendo las acciones populares de las acciones de grupo, dando a las primeras una orientación dirigida a la defensa de un interés colectivo difuso donde no existen intereses o derechos patrimoniales privados en beneficio de la comunidad en general; mientras que para definir las acciones de grupo se tomó como antecedente las *class actions* del derecho anglosajón, que persiguen una

⁹ La Ley 964 de 2005 es la nueva Ley Orgánica del Sistema Financiero.

¹⁰ El artículo inicial disponía que “la ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos vinculados al patrimonio público, a la moral administrativa, al ambiente, al espacio público, a la seguridad y a la salubridad pública, a la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definan en ella. También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares. Asimismo reglamentará los casos de responsabilidad objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos”. Citado por HERNÁNDEZ, Alier Eduardo (2005). Regulación de las Acciones de Grupo formuladas en contra de las Entidades Públicas en el derecho colombiano. *Memorias XXVI Congreso de Derecho Procesal*. Bogotá.

reparación económica por medio de una reclamación conjunta de derechos individuales consecuencia de un perjuicio colectivo causado por una persona natural o jurídica¹¹.

Las acciones populares y de grupo no son lo mismo, debido a que se utilizan en circunstancias diferentes, pues las primeras buscan proteger preventivamente los derechos e intereses colectivos, en tanto que las segundas tienen por fin resarcir perjuicios.

De esta manera se encuentra establecida la diferencia entre las dos acciones, asimilando para las acciones populares el verbo rector "prevenir"¹² y para las acciones de grupo el verbo "resarcir", incluso cuando las acciones populares envuelven algún tipo de desembolso pecuniario a cargo del sujeto desencadenante del daño, para volver las cosas a su estado inicial, en tanto que en las acciones de grupo las cosas no son retrotraíbles a su estado inicial por la existencia de un daño.

Por otra parte, la Ley 472 de 1998 establece que para poder interponer una acción de grupo es necesario un grupo mínimo de personas afectadas no inferior a veinte, mientras que para las acciones populares la ley no hace mención alguna al respecto.

Sin embargo, es dable destacar que se encuentran dentro de la misma especie de las llamadas acciones colectivas, que además de ser diversas en su esencia, en algunos países, tales como Inglaterra, Estados Unidos, Brasil, sobre los cuales comentaremos más adelante, tienen diversos trámites para hacerlas valer ante la jurisdicción.

¹¹ En este sentido la *Gaceta Constitucional* N° 77 del 20 de mayo del 1991. Constituyentes Jaime Arias López y Juan Carlos Esguerra.

¹² La Corte Constitucional en sentencia C-215/99 se pronunció acerca del carácter preventivo de las acciones populares: "Otra característica esencial de las acciones populares es su naturaleza preventiva, lo que significa que no es ni puede ser requisito para su ejercicio, el que exista un daño o perjuicio de los derechos o intereses que se busca amparar, sino que basta que exista la amenaza o riesgo de que se produzca, en razón de los fines públicos que las inspiran. Desde su remoto origen en el derecho romano, fueron concebidas para precaver la lesión de bienes y derechos que comprenden intereses superiores de carácter público y que por lo tanto no pueden esperar hasta la ocurrencia del daño".

2. Visión internacional

En el derecho anglosajón, el concepto de impetrar acciones en grupo ante determinado juez nace en la Inglaterra medieval, en la que grupos de ciudadanos podían llevar sus quejas al gobierno por ocurrencia de daños que había sufrido la comunidad.¹³

Este sistema fue utilizado para combatir males sociales tales como el aumento indiscriminado de los precios en el mercado, en los que el grupo de ciudadanos podía ser escuchado como si fuera una sola persona. Luego, con los cambios en la sociedad y el auge del individualismo, las acciones de grupo prácticamente desaparecieron.

En 1833 se adoptó en Estados Unidos la *Equit Rule 48*, que permitía a los grupos de personas consolidar sus casos potenciales cuando el número de afectados fuese considerable para demandar separadamente.¹⁴ Esta regla dio origen 100 años después a la llamada *Rule 23*¹⁵

¹³ FINN, Shaun, *In a class all its own: The advent of the modern class action and its changing legal and social mission*. Documento PDF, tomado de internet. www.tribunaux.qc.ca/

¹⁴ Ibid. www.tribunaux.qc.ca/

¹⁵ Rule 23. Class Actions

(a) Prerequisites to a Class Action.

One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all only if (1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable, (2) there are questions of law or fact common to the class, (3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class, and (4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class.

(b) Class Actions Maintainable.

An action may be maintained as a class action if the prerequisites of subdivision (a) are satisfied, and in addition:

(1) the prosecution of separate actions by or against individual members of the class would create a risk of

(A) inconsistent or varying adjudications with respect to individual members of the class which would establish incompatible standards of conduct for the party opposing the class, or

(B) adjudications with respect to individual members of the class which would as a practical matter be dispositive of the interests of the other members not parties to the adjudications or substantially impair or impede their ability to protect their interests;
or

del actual procedimiento civil de este país, con los siguientes requisitos de procedencia:

- a) Ante la imposibilidad de acumulación por lo numeroso del grupo demandante;
- b) Siempre que sean comunes los fundamentos de hecho y de derecho;
- c) Cuando las pretensiones y excepciones son típicas del grupo, y
- d) Para asegurar una protección justa y adecuada de los intereses del grupo¹⁶.

En Brasil, siendo el ejemplo de mayor desarrollo en Latinoamérica, se establecieron las acciones de clase para proteger bienes de dominio público y derechos económicos, estéticos e históricos.¹⁷

3. Acciones de grupo

La Ley 472 de 1998 las define como “aquellas acciones interpuestas por un número plural de personas o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales a dichas personas, la acción de grupo se ejercerá

(2) the party opposing the class has acted or refused to act on grounds generally applicable to the class, thereby making appropriate final injunctive relief or corresponding declaratory relief with respect to the class as a whole; or

(3) the court finds that the questions of law or fact common to the members of the class predominate over any questions affecting only individual members, and that a class action is superior to other available methods for the fair and efficient adjudication of the controversy. The matters pertinent to the findings include: (A) the interest of members of the class in individually controlling the prosecution or defense of separate actions; (B) the extent and nature of any litigation concerning the controversy already commenced by or against members of the class; (C) the desirability or undesirability of concentrating the litigation of the claims in the particular forum; (D) the difficulties likely to be encountered in the management of a class action. (...) (Federal Rules of Civil Procedure. USA)

¹⁶ ARISTIZÁBAL VILLA, Javier, *Acciones de clase en el ordenamiento jurídico colombiano*. Universidad ICESI.

¹⁷ GIDI, Antonio (2004). Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. un modelo para países de derecho Civil. Las acciones colectivas, formato Pdf, capítulo cuarto. Tomado de Internet. www.bibliojuridica.org

exclusivamente para obtener el reconocimiento y pago de la indemnización de perjuicios".¹⁸

Existen grandes semejanzas entre las acciones de grupo en Colombia y las *class actions* que se presentan en Estados Unidos; por ejemplo, éstas pueden utilizarse para la tutela de diferentes clases de derechos e intereses; lo que a su vez implica que tenemos las mismas clases de acciones de grupo que el sistema anglosajón, es decir, tenemos las *class actions*, que se usan para defender derechos difusos o colectivos, y las llamadas *damages class actions*, que resultan de la protección, a partir de una demanda grupal, de derechos individuales, ligados o no a derechos colectivos y difusos, sobre los cuales trataremos más adelante. En nuestro sistema, a pesar de que existen estos dos tipos de clasificación de estas acciones, éstas se mantienen dentro del género acciones de grupo de manera general y no hacemos entre ellas ninguna diferenciación.

Las acciones de grupo, teleológicamente hablando, fueron creadas como una opción eficaz para acceder a la administración de justicia y lograr la protección de derechos vulnerados a un número plural de personas; sin embargo, la expectativa estuvo muy por encima de la frecuencia con que se ha impetrado la acción, por lo cual los afectados prefieren acudir a los medios individuales y ordinarios de reclamación de perjuicios. Algunos expertos en el tema tratan de explicar la diferencia de la acogida prohienda a la acción popular en la existencia del incentivo del artículo 39 de la Ley 472 de 1998¹⁹, sin embargo es válido preguntarse: ¿qué mayor premio para los actores en una acción de grupo que la reparación de sus derechos y la obtención de la indemnización de los perjuicios causados por la acción u omisión de una autoridad pública o de una persona de derecho privado de manera pronta y eficaz?

¹⁸ Las acciones populares también pueden entrañar indemnización de perjuicios en los casos en que se atente contra el espacio público.

¹⁹ Ley 472 de 1998, artículo 39: INCENTIVOS. El demandante en una acción popular tendrá derecho a recibir un incentivo que el juez fijará entre diez (10) y ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales. Cuando el actor sea una entidad pública, el incentivo se destinará al Fondo de defensa de intereses colectivos.

Otras voces autorizadas encuentran esta falencia en la propia administración de justicia²⁰, que al no entender el fin de la acción de grupo impone requisitos basados en interpretación de la norma, extraños a su naturaleza, que dificultan la aplicación de la misma; exigencias extrañas que se transforman en talanqueras de tipo sustancial y procesal para los accionantes.²¹

Sobre este interrogante, comencemos abordando el tema desde lo más básico y fundamental: el objeto y alcance de la aplicación de la acción de grupo, para luego adentrarnos en la parte sustancial y procesal de la misma a partir de la consagración de la ley y su desarrollo jurisprudencial, desde la creación de la Constitución actual hasta el momento actual, por parte del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, comparándolos con los modelos internacionales, en los cuales la acción de grupo es parte fundamental del sistema de protección de derechos colectivos.

4. Derecho e interés

La Ley 472 de 1998 en su Art. 46 define las acciones de grupo desde un criterio preponderantemente subjetivo, y ubica a los accionantes como centro de las mismas y especifica algunos fundamentos de conformación del grupo: “son aquellas acciones interpuestas por un número plural o conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales a cada persona”.

²⁰ Pedro Camargo en la actualización de la cuarta edición de su obra *Las acciones populares y de grupo*, ya citada, señala que la Corte Constitucional en sentencia C-569 de 2004 declara no ajustada a la Constitución la expresión “las condiciones uniformes deben tener también lugar respecto de todos los elementos que configuran la responsabilidad”, debido a que esta reiteración puede inducir a la interpretación de un requisito adicional que resultaría desproporcionado y se podría limitar la aplicación de las acciones de grupo, como en el caso del requisito de la preexistencia del grupo exigido por el Consejo de Estado. Señala el autor: “De ahora en adelante, ni el Consejo de Estado ni los Tribunales administrativos podrán seguir restringiendo las acciones de grupo, con claro desconocimiento del Art. 88 de la Constitución Política.”

²¹ Como lo seguimos reiterando, la prueba más fehaciente de este hecho es el pronunciamiento del Consejo de Estado sobre la preexistencia del grupo en el caso de la acción impetrada por los habitantes de Bojayá y más tarde la Corte Constitucional al declarar la inconstitucionalidad del Art. 55 de la ley por violación del principio del efecto útil de las providencias judiciales.

Seguidamente se vislumbra el objeto de la acción: la indemnización de un perjuicio individual ocasionado a un número plural o conjunto de personas “para obtener el reconocimiento y pago de la indemnización de perjuicios”. De lo anterior se desprende que la ley no hace mención alguna a derechos o intereses contemplados por la acción de grupo, por lo cual, con base en el artículo mencionado anteriormente, se puede determinar que nuestro legislador no indica como criterio para interponer una acción de grupo la naturaleza del derecho o interés vulnerado, menos se toma el trabajo de diferenciar si se trata de intereses y/o derechos; lo relevante en estos casos es la existencia de un grupo con condiciones de uniformidad en cuanto a una causa y con perjuicios individuales, no importa si a un interés o a un derecho.

Sin embargo, para efectos de este trabajo trataremos de diferenciar los conceptos de derecho e interés. Este último es definido como la “actitud voluntaria de un sujeto de derecho para procurarse un bien que estima necesario para su satisfacción”²²; por su parte, el derecho es un interés protegido por la norma jurídica, es decir, el concepto de derecho e interés obedece a dos momentos diversos del reconocimiento de derechos por el legislador, pues el uno supone (el derecho) el estar consagrado en una norma que lo reconozca, mientras que el segundo no.

El tema del interés y el derecho no ha sido ajeno a nuestras altas cortes, las cuales han tocado el concepto de interés pero referido como elemento integrante al grupo como un todo; sin embargo, el interés es un componente tan personal y subjetivo que se radica en los integrantes del grupo.

Es así como por ejemplo la Corte Constitucional en sentencia T-728 del 2004 (M.P Jaime Córdoba Treviño) se refiere a este tema de la siguiente manera: “el interés en las acciones de grupo se define en función de la afectación en circunstancias comunes. Interés afectado y legitimación son conceptos interdependientes”.

¿Se hace necesario entonces fijar el alcance de la acción con criterios referidos a los intereses y derechos que se deben proteger o se trata de

²² BEJARANO, Guzmán Ramiro (2001). *Procesos declarativos*, 2ª ed., p. 168. Bogotá: Temis.

una discusión meramente gramatical? Para definir el ámbito y la aplicación de la acción, la diferenciación entre uno y otro es irrelevante; sin embargo, y en aras de ser consecuentes con la definición arriba señalada, el mencionar a los intereses como objeto de la acción de grupo tiene como ventaja mantener actualizada la cobertura de estos mecanismos de protección según los cambios y necesidades sociales futuras²³, previniendo de esta forma venideras discusiones sobre derechos amparados o no.

5. Los derechos trasindividuales

En el Código Modelo Iberoamericano, el cual es referencia obligada en materia de doctrina procesal, que ha sido redactado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, se menciona una clasificación o tipo de derecho de los cuales es titular el grupo como un todo; son éstos los derechos trasindividuales amparables por las acciones colectivas que comprende la protección de derechos difusos y derechos colectivos.

Según el autor brasilero Antonio Gidi²⁴, en la práctica encontraremos que los derechos difusos surgen a partir de acontecimientos específicos por los cuales se ve afectado un conjunto de personas. Los derechos difusos más característicos son los que surgen de la protección al medio ambiente y la protección al consumidor. Este tipo de derechos pertenecen a la comunidad en general, sin que se pueda decir que pertenecen a una persona particularizada. Se puede proteger al mismo tiempo un derecho difuso y uno individual, puesto que no son excluyentes.

Por su parte, los derechos colectivos son aquellos que pertenecen a un grupo que se encuentra unido por una relación jurídica previa. La pertenencia al grupo se encuentra más definida, verbigracia: los

²³ OTEIZA, Eduardo (2005). Los procesos colectivos en Argentina frente a las alternativas que presenta el Código Modelo del Instituto Iberoamericano de derecho procesal. Ponencia presentada en el XXVI *congreso de derecho procesal*. Bogota. "Hubiera bastado que el proyecto hiciera referencia a los derechos sin utilizar la noción de interés. En Argentina no hay duda que estamos en presencia de derechos debido a la Constitucionalización de los de incidencia colectiva, razón por la cual nada agregaría referir a intereses. Aludir a intereses pareciera sugerir un estadio inferior al concepto de derecho en materia protectora".

²⁴ GIDI, Antonio, *op. cit.*

usuarios de tarjetas de crédito, los padres de familia de un mismo establecimiento educativo, los usuarios de las empresas promotoras de salud e.p.s, etc. Como se puede observar, en estos casos las relaciones contractuales previas por lo general se rigen bajo las mismas cláusulas y tienen como fundamento similares derechos sustantivos. En algunos casos, los derechos colectivos pueden ser divisibles y, por lo tanto, se podrá excluir a un miembro que no reúna las condiciones del grupo en general por diversas circunstancias de tiempo, modo o lugar.

La titularidad del derecho se radica en una generalidad de personas, por lo cual se constituyen en una nueva clase de derechos positivos, "el derecho es indivisible porque no puede ser dividido en pretensiones individuales independientes"²⁵. Esto significa que si se satisface el derecho de uno se satisface el de todos, y si se le viola el derecho a uno se le viola a todos, o que los perjuicios de todos deban ser iguales en su magnitud y su consecencial indemnización.

A diferencia de los derechos subjetivos individuales, que se caracterizan por "su corte netamente personalista y basado en el interés propio"²⁶, los derechos difusos y colectivos se basan en el interés general, en la protección y cumplimiento del contrato social, ya que buscan "proteger un hábitat adecuado, la sustentación humana del desarrollo, el crecimiento equilibrado, las condiciones de salud, los derechos de las minorías, las mujeres, los discapacitados, los consumidores, postergados estos últimos por la aplastante máquina productora de bienes y servicios."²⁷

Siguiendo la naturaleza indemnizatoria de perjuicios individuales de la acción de grupo, tenemos que los perjuicios ocasionados a derechos colectivos y/o difusos no se podrían cuantificar, debido a su indivisibilidad.

El Consejo de Estado acogió esta clasificación en los siguientes términos:

²⁵ *Ibidem*, p. 54.

²⁶ PILOWSKY, Roffe Amity, *Derechos Colectivos e Intereses Difusos*. Abogado EDITORIAL. Tomado de Internet.

²⁷ Ob. cit. Tomado de Internet.

Los intereses colectivos, son intereses que pertenecen por igual a una pluralidad de sujetos más o menos amplia y más o menos indeterminada, que puede o no ser justificada o unificada más o menos estrictamente en una colectividad. O más precisamente todavía: es un interés que pertenece a todos y a cada uno, pero que no es el interés propio de cada uno ni el propio de una comunidad organizada, constituido por la suma de intereses de sus miembros, sino el que cada uno tiene por ser miembro de una colectividad. Los intereses colectivos podrían ser equiparados por tanto a los intereses difusos, como hacen algunos autores, aunque otro sector de la doctrina los considera una subespecie de ellos perfectamente diferenciada, dado que hay un factor subjetivo que los individualiza de manera evidente: los intereses colectivos se refieren a comunidades organizadas más o menos determinables en cuanto a sus componentes, lo que significa que, a la postre, son los intereses de la agrupación y no los de sus miembros, y ni siquiera la suma de ellos.”²⁸

Para concluir, tanto el derecho colectivo como el difuso tienen una particularidad importante, y es que trascienden al interés personal de cada uno de sus miembros, pues se identifica con el concepto de comunidad, la cual puede ser “nacional, regional, local, o de simples vecinos, pudiendo cualquiera de sus miembros hacerlo valer ante las autoridades en ejercicio de la acción popular”²⁹. Para el caso de las acciones de grupo, se hace necesario el análisis de otro tipo de derechos como los que a continuación exponemos.

6. Derechos homogéneos y divisibles

La sumatoria de derechos individuales subjetivos privados³⁰ no conforma un derecho colectivo, pues es necesario que se encuentre vinculado en esta relación un interés general, supraindividual, que afecte o beneficie a la comunidad como un ente superior. Sin embargo, estos derechos son

²⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Expediente AP- 043 de fecha 1° de junio de 2000. M.P. Allier Hernández.

²⁹ PÉREZ, ESCOBAR, Jacobo. *Derecho constitucional colombiano*, 7ª ed., p. 392. Bogotá: Temis.

³⁰ Son los mismos derechos subjetivos en su concepción clásica definidos como: “Las facultades o poderes de que son titulares las personas y cuya función es la satisfacción de sus necesidades” (VALENCIA, Zea Arturo, *Derecho Civil. Parte General y Personas*, 15ª ed., p. 236. Bogotá: Temis.

objeto de protección de las acciones colectivas y son los que encarnan la parte más interesante de las acciones de grupo.

Estos derechos son definidos como “el conjunto de derechos subjetivos individuales, provenientes de origen común de que sean titulares los miembros de un grupo, categoría o clase”³¹.

Los derechos individuales homogéneos son una nueva categoría derechos sustantivos, creada en el siglo XX por los doctrinantes legales para satisfacer las necesidades de la sociedad, que en estos momentos se comenzó a orientar hacia las masas. En realidad, no existe ninguna diferencia entre derechos individuales homogéneos y los derechos sustantivos (es decir, los que conocemos tradicionalmente a partir de la Declaración de los Derechos del Hombre). Los primeros surgen simplemente de la creación de un instrumento procesal para el tratamiento en conjunto de derechos individuales relacionados entre sí por sola acción: “class action for damages” o acción colectiva para daños individuales.

La homogeneidad de estos derechos proviene de su origen común, que puede ser una cuestión de hecho o de derecho, por lo que es necesario que estos derechos tengan la misma “causa petendi”, pero no es determinante que el origen sea un solo acontecimiento determinado en el espacio y en el tiempo, sino que más bien, debido a que las circunstancias estén relacionadas estrechamente, a pesar de que se encuentren dispersas en el tiempo y el espacio, se puedan considerar como un solo hecho, una sola causa la que haya violentado el derecho.

En Brasil³², la acción colectiva para daños individuales es una “acción colectiva parcial”, lo que presenta una interesante propuesta para la ley colombiana, en la medida en que lo que se hace en la acción colectiva para “massive damages” es probar los hechos y el daño para que se declare la responsabilidad. Una vez ésta esté resuelta, cada individuo se acerca a la justicia para realizar la liquidación de la sentencia, que consistiría prácticamente en la cuantificación del daño, y luego debería realizar un proceso ejecutivo para que el pago se haga efectivo. Consi-

³¹ Código Modelo de derecho procesal, Art. 1.

³² GIDI, Antonio, *op. cit.*

deramos interesante esta propuesta, porque abre la posibilidad a que, en los casos de difícil prueba y de peculiaridad en los daños, se siga dicho procedimiento, mientras que en las llamadas “small claim class actions”, es decir, las acciones de grupo en las que no sea difícil determinar los daños para cada persona, se podría continuar con el sistema adoptado actualmente, y cuantificar los daños en el mismo proceso colectivo.

7. Alcance de las acciones colectivas y en especial de la acción de grupo

Sobre la inclusión de los derechos individuales homogéneos como objeto de la acción de grupo, la doctrina nacional ha expuesto dos corrientes:

La primera corriente plantea que la acción de grupo busca la reparación de daños ocasionados a un derecho subjetivo de carácter privado vulnerado por una acción u omisión de una persona natural o jurídica de derecho público o privado con las siguientes características:³³

- a) No involucran derechos colectivos. Lo que hay de común en la situación que plantean es la autoría y causa del daño y el interés cuya lesión debe ser reparada, que es lo que justifica la actuación judicial conjunta de los afectados, la parte integrada por una pluralidad de interesados.
- b) Son intereses privados o particulares, que por lo mismo deben ser regulados con criterio de derecho privado y sin ninguna asimilación con las acciones populares.
- c) Salvo en lo tocante con los mecanismos de formación del grupo para efectos del trámite de la acción y la manera de hacer efectiva la condena a todos los integrantes de aquél, los principios, actuaciones del juez y de las partes deben ser los vigentes para los pertinentes procedimientos ordinarios, porque nada justifica sino la economía procesal, tratos preferentes o de excepción, estando en juego intereses puramente privados”.

En consecuencia, la acción de grupo tiene un carácter privado y meramente procesal en el cual se busca finalmente lograr que la rama

³³ Luis Carlos Sáchica, en la *Gaceta del Congreso* N° 167 28 de mayo de 1997.

judicial del Estado se encargue de dirimir el conflicto aplicando la ley al caso concreto.

Contrario a lo que ocurre con los derechos transindividuales, aquí el perjuicio es perfectamente cuantificable y divisible entre los miembros.

La segunda corriente sostiene que la acción de grupo tiene por fin la protección de derechos subjetivos derivados de derechos colectivos³⁴.

Así las cosas, se protegerán estos derechos subjetivos personales mientras su vulneración sea consecuencia, a su vez, de quebrantamiento de derechos tales como los consagrados en el art. 4 de la Ley 472 de 1998:

- a) El goce de un ambiente sano de conformidad con lo establecido en la constitución, la ley y las disposiciones reglamentarias.
- b) La moralidad administrativa
- c) La existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución, la conservación de las especies animales y vegetales, la protección de área de especial importancia ecológica, de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas, así como los demás intereses de la comunidad relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente.
- d) El goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público.
- e) La defensa del patrimonio público.
- f) La defensa del patrimonio cultural de la nación.
- g) La seguridad y salubridad públicas.
- h) El acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública.
- i) La libre competencia económica.
- j) El acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna

³⁴ La acción de grupo tiene por fin la reparación de derechos subjetivos vulnerados de derechos colectivos o de tercera generación.

- k) La prohibición de la fabricación, importación, posesión, uso de armas químicas, biológicas, y nucleares, así como la introducción al territorio nacional de residuos nucleares o tóxicos.
- l) El derecho a la seguridad y prevención de los desastres previsibles técnicamente.
- m) La realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas de manera ordenada y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes.
- n) Los derechos de los consumidores o usuarios.

Igualmente son derechos e intereses colectivos los definidos como tales en la constitución, las leyes ordinarias y los tratados de derecho internacional celebrados por Colombia.³⁵

Según esta posición, las acciones de grupo son públicas por el tipo de derechos o intereses que buscan proteger. “Si la acción de grupo está contenida en el Art. 88 de la Constitución Política se trata de una acción de derecho público y no de derecho privado(...) No se trata de acciones privadas para obtener el reconocimiento y pago de una indemnización de los perjuicios, por derechos o intereses privados, sino de carácter público, en defensa de derechos e intereses colectivos, como lo son los derechos de los consumidores y usuarios que interesan a la comunidad”.³⁶

Esta corriente es sostenible de acuerdo con el literal del artículo 1 de la Ley 472 de 1998 y su artículo 55; sin embargo, la Corte Constitucional en sentencia C- 1062 del 2000 (M.P. Álvaro Tafur Galvis) llegó a la conclusión que el aparte referido a los derechos e intereses colectivos era perfectamente constitucional, pero debía entenderse además que no se están excluyendo los demás derechos subjetivos de origen constitucional o legal, cualquiera que sea su naturaleza:

El hecho de que las acciones de clase o de grupo se encuentren reguladas dentro de una norma constitucional que hace referencia en su mayor parte a la garantía procesal de los derechos e intereses colectivos, como ocurre en el artículo 88 de la carta, no significa que aquéllas sólo puedan intentarse para

³⁵ En este mismo sentido se pronunció el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, radicación 25000 de 15 de julio de 2004, magistrado ponente Dr. Germán Rodríguez.

³⁶ CAMARGO, Pedro Pablo, *op. cit.*, p. 77.

obtener el reconocimiento y pago de la indemnización adeudada por los perjuicios causados en derechos e intereses colectivos, pues dichas acciones también podrán formularse con respecto de toda clase de derechos constitucionales fundamentales y subjetivos de origen constitucional o legal cuando han sido lesionados un número plural de personas, con identidad de causa y responsable, con el fin de reclamar la respectiva reparación de perjuicios ante el juez, en forma pronta y efectiva. (El subrayado es nuestro).

Por lo tanto, la Corte Constitucional aclara que las acciones de grupo no sólo proceden por la violación de los derechos colectivos, sino de cualquier tipo de derecho.

8. Fin de la acción de grupo

Con la sentencia C- 1062 de 2000 (M.P. Álvaro Tafur Galvis) se abrió la puerta para amparar por medio de la acción de grupo los derechos individuales homogéneos, en los cuales el sujeto principal es el miembro integrante del grupo. Sin embargo, se precisó que el criterio diferenciador en este caso se radicaría en el grupo como elemento de la definición.

Surgen entonces los siguientes interrogantes: ¿pueden ser protegidos a través de acciones de grupo toda clase de derechos subjetivos con tal de que tengan la misma causa petendi y provengan de un origen común?; es decir, ¿no existe ninguna diferencia entre la acumulación subjetiva de pretensiones y las acciones de grupo?

Veamos si la vulneración del derecho subjetivo es consecuencia de un derecho colectivo o difuso, pues no se presentaría mayor problema, debido a que está latente el interés general.

¿Qué sucede si se trata de un cúmulo de derechos subjetivos afectados por una acción u omisión de una persona natural o jurídica, de derecho público o de derecho privado?

Consideremos todas las variables a manera de ejercicio: si accionáramos contra las autoridades, por lo cual deberíamos entablar la acción ante la jurisdicción contenciosa administrativa y se facilitaría el asunto de la procedencia de acción de grupo por el tipo de responsabilidad, y su deber constitucional consagrado en la Constitución, sería entonces una acción de reparación directa (artículo 86 C.C.A.) pero grupal con un procedimiento preferente.

Si el actor vulnerante del daño es una persona jurídica o natural de derecho privado, opinamos que la situación es más compleja. En este caso, si la relación entre el actor del daño y las víctimas está predeterminada por algún tipo de relación jurídica sustancial, entre cada una de ellas y el sujeto activo (como en los casos de controversias entre los colegios y los padres de familia), ¿se podría hablar de un derecho colectivo? La respuesta es negativa, pues no son derechos o intereses transindividuales a los que pertenecen éstos; pero si además se lograra encuadrar su calidad en la categoría de usuarios o consumidores, no habría mayor vicisitud en emplear esta vía procesal.

Empero, si se tratara de un posible caso de responsabilidad civil extracontractual con un agente del daño de derecho privado, donde no exista relación jurídica previa entre las partes, no por este caso estaríamos hablando de derechos difusos; en este caso, ¿cuándo operaría la acción de grupo y cuándo las acciones individuales?

Según el Código Modelo de Procesos Colectivos del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal³⁷, con la protección de derechos individuales homogéneos se debe buscar entre los usuarios un fin último, y es el interés general del grupo sobre el interés particular de sus integrantes. En este entendido y estudio del Código Modelo no es posible apartar del todo la discrecionalidad del juez al estudiar la admisión, pero se dan los primeros criterios que separen la acumulación subjetiva de pretensiones de las acciones colectivas.

Estos primeros criterios deben ser:

1. La existencia de un interés general
2. La corrección o protección de un daño de gran impacto social³⁸.

En nuestro derecho colombiano, la acción de grupo tiene por fin “obtener el reconocimiento y pago de la indemnización de perjuicios” (Ley

³⁷ -Aprobado por la comisión revisora conformada por: Ada Pellegrini Grinover- Aluisio G. de Castro Méndez- Aníbal Quiroga León- Antonio Gidi- Enrique M. Falcón- José Luis Vázquez Sotelo- Kazuo Watanabe- Ramiro Bejarano Guzmán (voto de abstención)- Roberto Berizonce- Sergio Artavia. Redacción revisada por Ángel Landoni Sosa. Tomado de Internet www.calp.org.ar.

³⁸ Código Modelo de Procesos Colectivos. Art. 2º. Requisitos de la demanda colectiva.
- Son requisitos de la demanda colectiva:

472 de 1998), es decir, es una acción de contenido netamente patrimonial y personal, debido a que persigue el resarcimiento para los integrantes de un número mínimo de veinte personas de sus perjuicios (divisibles e individualizables) sobre cualquier tipo de derecho e interés.

El panorama es más amplio para el Código Modelo de Procesos Colectivos del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, que ve en las acciones colectivas la persecución de dos fines: uno mediato y uno inmediato.

- a) Inmediato, es decir, el que primero se busca es que a través del impacto social se corrijan conductas en la sociedad, se ampare el interés del grupo como una masa de presión que busca la protección de sus derechos.
- b) Mediato, necesariamente será la búsqueda del resarcimiento individual de cada miembro del grupo según sea el daño acaecido a cada cual.

Así las cosas, la acción colectiva planteada por el Código Modelo de Procesos Colectivos del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal desplaza a un segundo plano la obtención de la indemnización particular por la búsqueda de la reparación del daño a través del sistema de multas sucesivas, mientras no se verifique la cesación de la conducta dañina bajo la figura de la tutela jurisdiccional anticipada³⁹, y las multas

ii – La relevancia social de la tutela colectiva, caracterizada por la naturaleza del bien jurídico afectado, por las características de la lesión o por el elevado número de personas perjudicadas.

Par. 1º. Para la tutela de los intereses o derechos individuales homogéneos, además de los requisitos indicados en los n. i y ii de este artículo, es también necesaria la demostración del predominio de las cuestiones comunes sobre las individuales y de la utilidad de la tutela colectiva en el caso concreto. (El subrayado es nuestro).

³⁹ Código Modelo de Procesos Colectivos del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. **Art. 5o.** TUTELA JURISDICCIONAL ANTICIPADA.- El juez podrá, a requerimiento de la parte, anticipar, total o parcialmente, los efectos de la tutela pretendida en el pedido inicial, desde que, con base en prueba consistente, se convenza de la verosimilitud de la alegación y: I - exista fundado temor de la ineficacia del proveimiento final - esté comprobado el abuso del derecho de defensa o el manifiesto propósito dilatorio del demandado. **Par. 1º** No se concederá la anticipación de la tutela si hubiere peligro de irreversibilidad del proveimiento anticipado, a menos que, en un juicio de ponderación de los valores en juego, la denegación de la medida signifique sacrificio irrazonable de bien jurídico relevante. **Par. 2º** En la decisión que anticipa la tutela, el juez indicará, de

diarias hasta tanto se verifique el cumplimiento de las obligaciones de dar, hacer o no hacer impuestas en sentencia. Estas obligaciones pueden ser transformadas en daños y perjuicios a voluntad del accionante.

Sin embargo, tales razonamientos son ajenos a nuestra legislación y orden legal actual, pues varios pronunciamientos de la Corte Constitucional, que señalaremos más adelante, han centrado el punto de procedencia de las acciones de clase en su elemento subjetivo vital: el grupo.

9. El grupo

Es el elemento más importante de las acciones de grupo, ya que es por medio de éste que dichas acciones pueden surgir a la práctica jurídica.

El grupo está íntimamente ligado a los conceptos que venimos tocando hasta ahora, pues lo difuso, colectivo, transindividual, homogéneo, particular, general de los derechos que dan alcance a la acción son definidos a través de quien los alega como un todo o como una sumatoria de miembros.

Como en nuestro actual sistema de cosas los derechos y el fin de la acción no determinan la procedencia de la misma, es el grupo el punto central que debe estudiar el funcionario judicial para definir la procedencia o no de la acción. En este orden de ideas, corresponde al accionante plural o singular⁴⁰ convencer al juez de la viabilidad de la acción de grupo y no a la acción civil o contenciosa administrativa ordinaria consagrada para el efecto, para lo cual tendría que exponer criterios tales como:

- Probabilidad de poco éxito de la pretensión de manera individual por la dificultad de pruebas.

modo claro y preciso, las razones de su convencimiento. **Par. 3°** La tutela anticipada podrá ser revocada o modificada en cualquier tiempo, en decisión fundada. **Par. 4°** Si no hubiera controversia en cuanto a la parte anticipada en la decisión liminar, después de la oportunidad de contradictorio ésta se tornará definitiva y hará cosa juzgada, prosiguiendo el proceso, si fuera el caso, para el juzgamiento de los demás puntoso cuestiones comprendidas en la demanda.

⁴⁰ La acción de grupo puede ser iniciada por uno solo de los afectados. www.calp.org.ar

- Necesidad del grupo por la presencia de condiciones difíciles de supervivencia o de garantía de protección de sus derechos a quienes un largo litigio además les sumaría un perjuicio adicional por el desamparo al que se someten mientras se ventila el juicio.

La Corte Constitucional⁴¹ y el Consejo de Estado⁴² al respecto han expresado que para la procedencia de la acción de grupo se requiere que el grupo sea de especial entidad o importancia social y que por sus condiciones deba ser atendido con premura. Sin embargo, no determinan criterios que permiten identificar la entidad del grupo, razón por la cual estos órganos están creando más vacíos que dificultan la aplicación de las acciones de grupo.

Es así como la sentencia C-215/99 estableció que *“esas acciones, para su procedencia, exigen siempre que el daño afecte derechos **subjetivos** de origen constitucional o legal de un número plural de personas que por sus condiciones y por su dimensión deben ser atendidos con prontitud, inmediatez, efectividad y sin mayores requisitos procesales dilatorios.”*

La Corte considera que *“es de la esencia de estos instrumentos judiciales, que el daño a reparar sea de aquellos que afectan a un número plural de personas que por su entidad deben ser atendidas de manera pronta y efectiva.”*⁴³

Por su parte, el Consejo de Estado en algunas ocasiones ha asumido una posición similar en cuanto a la importancia del grupo al indicar:

⁴¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C - 215 de 1999: “Consideró que el objeto de las acciones de grupo es proteger “intereses particulares de sectores específicos de la población (por ejemplo, los consumidores), de ahí que su denominación sea de class actions”.

⁴² AG-017 de 2001, CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera.

“Todo lo dicho permite comprender que la fuerza semántica del vocablo “grupo” debe traer consigo especiales implicaciones jurídicas, las cuales fueron insinuadas por la Corte Constitucional, al afirmar que la pluralidad de personas a la que afecta el daño que se pretende reparar es de una entidad tal, que debe ser atendida de manera pronta y efectiva, es decir, que debe tratarse de un grupo relevante dentro de la actividad social, económica, política, académica—entre otras— del país; igualmente, cuando la Corte aclara que con la acción de grupo se pretende proteger intereses de sectores de la población, está indicando que no toda pluralidad de personas configura un grupo de aquellos cuyos integrantes están legitimados para interponer estas acciones.”

⁴³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-215/99.

*... no toda pluralidad de personas a las que afecta el daño que se pretende reparar, es pasible de esta acción preferente, pues en sentir de la sala, se requiere que el grupo amerite una reparación del daño, de manera pronta y efectiva. En el caso de las acciones de grupo, es relevante la existencia del grupo y la entidad del mismo que amerite la pronta resolución del daño sufrido por el mismo hecho, como se dijo anteriormente.*⁴⁴

La Sala explica su posición partiendo de la base que no era intención del constituyente acabar con el ordenamiento jurídico, sustituyendo las demás acciones que existían en el derecho colombiano por estos nuevos instrumentos de protección de derechos que incluyó en la Carta Política; esto quiere decir que las acciones de grupo fueron instituidas para casos específicos y no para que se dejaran de lado las otras acciones. Sin embargo, no detalla cuáles son estos casos específicos ni tampoco se fijan razonamientos aplicables para determinarlos.

Por otra parte, consideramos que el parámetro o la condición que debe determinar el fundamento de la acción de grupo es la entidad o magnitud del **daño**, ya que la Constitución establece que ésta es una acción originada en los **daños** ocasionados a un número plural de personas, y es el daño el motivo por el cual se agrupan las personas que se han visto afectadas por éste. Este criterio es perfectamente adaptable en nuestro orden actual de cosas, que mira al grupo de personas como centro de la misma o el fin de la acción, que además esboza el Código Modelo de Procesos Colectivos del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

De alguna manera podría asimilarse un poco con el concepto de perjuicio irremediable que se maneja en el trámite de las acciones de tutela; es decir, que teniéndose la posibilidad de acudir a los mecanismos ordinarios de protección, el afectado tenga la necesidad de obtener protección a sus derechos con prontitud so pena que el perjuicio se haga mayor con la demora del trámite judicial. Esta tesis tiene en contra que se cierre el acceso a las acciones de grupo pero contribuye a evitar interpretaciones que igual terminen vulnerando derechos de protección urgente por la magnitud del daño.

⁴⁴ Auto de 24 de mayo de 2001. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Expediente N° AG 011.

Aparte del daño, otro criterio para la procedencia de la acción sería también uno referido al grupo, es decir que se podría tener en cuenta la condición del grupo, pero no dada su entidad o importancia, sino porque sea un grupo que se encuentre en condiciones de inferioridad, debilidad o subordinación respecto al causante del daño. Lo anterior se fundamenta en la especial protección que debe brindar el Estado a personas que se encuentran en estado de inferioridad o debilidad manifiesta. (Último inciso Art. 13 de la Constitución Política.)

10. Conformación del grupo

La ley 472 de 1998 establece como requisito de procedibilidad de la acción de grupo el hecho que deba ser interpuesta por un número de personas, el cual no debe ser inferior a veinte y cuyo fin es lograr una indemnización de perjuicios como consecuencia de la vulneración de un derecho o interés.

La incorporación en la norma de un número de veinte personas ha sido muy criticada por la doctrina⁴⁵, pues supone un ingrediente de inconstitucionalidad por ser una exigencia extraordinaria a lo que la Carta Política previó.

Dentro de las exigencias de conformación del grupo se vislumbran las siguientes alternativas:

1. *Método cuantitativo*: La exigencia de un número mínimo agrupados trae problemas y críticas propias de estos requerimientos aritméticos, con las quisquillosas preguntas de qué pasa si son 19 o son 18 en vez de 20 en nuestro caso.

Sin embargo, este método evita ciertos problemas causados en la discrecionalidad del juez al admitir la demanda; pero el Consejo de Estado, como señala Allier Eduardo Hernández, se expresó manifestando que cumplir la exigencia de los veinte miembros no era suficiente, pues debían reunir los requisitos que se refirieran a la entidad del grupo, por lo cual lo discrecional fue incluido en este método cuantitativo.

⁴⁵ BEJARANO GUZMÁN, Ramiro (2005). Divagación sobre las acciones de grupo. *Memorias XXVI Congreso de Derecho Procesal*, p. 95. Bogotá.

2. *Búsqueda del interés general en el grupo.* De acuerdo con lo planteado anteriormente sobre el fin de las acciones colectivas para la protección de derechos subjetivos homogéneos, en este caso, como se persigue un fin inmediato y uno mediato, el grupo se puede conformar al final; el juez examina para la admisión de la demanda la posible repercusión e impacto social de la acción y la magnitud del daño. Posteriormente a la tramitación de la acción, tendremos que los posibles afectados hagan valer sus derechos individuales a través de incidentes posteriores a la sentencia. Tendría muchas ventajas este método, como hacerse más asequible a las personas que pretendan impetrar la acción; la desventaja sería, por un lado, la discrecionalidad y subjetividad del juez al admitir la acción y el preguntarse si desvirtuaría el fin del proceso si sólo pocas personas reclaman la indemnización al final. El Código Modelo de Procesos Colectivos del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal contempla que *“la determinación de los interesados podrá producirse en el momento de la liquidación o ejecución de lo juzgado, por lo que no será necesario que la petición inicial esté acompañada de la relación de miembros del grupo, clase o categoría. según el caso, el juez podrá exigir, al demandado o al tercero, la presentación de la relación y datos de las personas que integran el grupo, categoría o clase”*. (Artículo 20, Parágrafo único).
3. *Integración previa del grupo y búsqueda del interés general:* Previa la admisión de la demanda, se debe agrupar una cantidad considerable de víctimas del daño, sin cerrar la puerta que se presenten otras a lo largo del proceso; de esta manera se exigiría al juez la constante evaluación de las personas que soliciten su admisión al grupo y verificar que se cumpla la debida contradicción en estos temas.

Los criterios segundo y tercero no están, como ya se expresó, exentos de problemas en cuanto a la interpretación discrecional si tenemos en cuenta lo expresado por Antonio Gidi al comentar el Código Modelo de Procesos Civiles Colectivos: *“3.3- Cuando el grupo sea demasiado pequeño, sus miembros sean fácilmente identificables y la controversia pueda, en la práctica, tramitarse de forma individual, el juez denegará el procedimiento de la acción en forma colectiva, si bien permitirá que los miembros del grupo intervengan y asuman la titularidad del proceso individual de forma litisconsorcial.”*⁴⁶

⁴⁶ GIDI, Antonio (2005). Código de Proceso Civil Colectivo: Un modelo para países de Derecho Civil. Ponencia presentada en el XXVI Congreso de Derecho Procesal. Bogotá.

La determinación e identificación de los miembros del grupo, según nuestro sistema, se puede dar desde la presentación de la demanda misma, en cuyo caso el grupo no puede ser inferior a veinte personas; o posteriormente con base en algunos criterios que establezca el representante del grupo. No obstante lo anterior e independientemente de la forma como se decida presentar el grupo, en el momento en que el juez entre a analizar la admisión o inadmisión de la demanda, el grupo debe estar completo y debe ser identificable, con base en el art. 52 de la Ley 472/98.⁴⁷

Posteriormente, la misma ley plantea tanto la posibilidad de integrarse al grupo después de haber sido presentada la demanda y, así mismo, la posibilidad de excluirse del mismo.

Con respecto a la primera se consagran dos oportunidades:

- Las personas que hayan sufrido daños provenientes de la misma causa que originó los perjuicios a los accionantes iniciales, podrán integrarse al proceso hasta antes de que sea cerrado el período probatorio.

⁴⁷ “ART. 52.—**Requisitos de la demanda.** La demanda mediante la cual se ejerza una acción de grupo deberá reunir los requisitos establecidos en el Código de Procedimiento Civil o en el Código Contencioso Administrativo, según el caso, y además expresar en ella:

1. El nombre del apoderado o apoderados, anexando el poder legalmente conferido.

2. La identificación de los poderdantes, identificando sus nombres, documentos de identidad y domicilio.

3. El estimativo del valor de los perjuicios que se hubieren ocasionado por la eventual vulneración.

4. Si no fuere posible proporcionar el nombre de todos los individuos de un mismo grupo, expresar los criterios para identificarlos y definir el grupo.

5. La identificación del demandado.

6. La justificación sobre la procedencia de la acción de grupo en los términos de los artículos 3° y 49 de la presente ley.

7. Los hechos de la demanda y las pruebas que se pretendan hacer valer dentro del proceso.

PAR.—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.” CD ROM Código de Procedimiento Civil Legis.

- También podrán integrarse al proceso hasta veinte días después de haber sido publicada la sentencia. Sin embargo, establece la ley que el monto total de la indemnización no aumentará. Si bien esta estipulación puede tener como fin que el derecho de defensa no sea violado en la medida en que si otras personas se integran posteriormente no vaya a aumentar la carga que el juez ha establecido en la sentencia a cargo del demandado, deja un vacío en cuanto no regula la forma como va a ser repartido el dinero correspondiente a tal indemnización, cuando aumenta el número de personas afectadas. Es así como el inciso 2° del artículo 55 de la Ley 472 de 1998 establece: “La integración de nuevos miembros al grupo, con posterioridad a la sentencia, no incrementará el monto de la indemnización contenida en ella”.

La Corte Constitucional ha manifestado que

La posibilidad de que los afectados por el daño se integren al grupo que promueve la acción, luego de culminado el proceso y de dictada la respectiva sentencia, no viola el debido proceso, ya que la medida persigue un fin legítimo: asegurar el acceso de todas las personas a la administración de justicia y garantizar la pronta resolución de los conflictos, postulado que, además de estar íntimamente ligado a la efectividad del principio de estado social de derecho, desarrolla uno de sus fines esenciales como es el asegurar la efectividad de los derechos reconocidos en la constitución política. A este respecto, en algunos de los apartes de la providencia la Corte sostuvo: “De conformidad con el artículo bajo examen, se establecen dos modalidades a través de las cuales, las personas afectadas en un derecho o interés colectivo que hubieren sufrido un perjuicio, pueden hacerse parte del proceso iniciado en virtud de una acción de grupo: el primero, antes de la apertura a pruebas, mediante la presentación de un escrito en el que se indique el daño sufrido, su origen y el deseo de acogerse al fallo y de pertenecer al grupo; el segundo, dentro de los veinte días siguientes a la publicación de la sentencia, suministrando la misma información y siempre que su acción no haya prescrito o caducado. Para la incorporación, dicha disposición no vulnera el debido proceso; por el contrario, asegura la efectividad del principio del estado social de derecho y, en particular, uno de los fines esenciales del estado, como lo es el de garantizar la efectividad de los principios y derechos consagrados en la constitución, uno de ellos, el que tiene toda persona para acceder a la administración de justicia.”⁴⁸

⁴⁸ Sentencia C-732/00.

Con respecto a la exclusión del grupo, la Ley 472 de 1998, en su artículo 56, determina que podrá hacerse hasta 5 días siguientes al vencimiento del traslado de la demanda, o posteriormente cuando la persona que quiere ser excluida alegue que ha estado mal representado; sin embargo, no se establecen los criterios bajo los cuales se puede determinar si efectivamente se estuvo o no mal representado.

Haciendo una recopilación de lo anterior, se puede concluir que si bien la Ley 472/98 regula las acciones populares y de grupo y tiene preceptos buenos y eficaces, también es cierto que tiene muchas falencias y vacíos que dificultan en la práctica la presentación de las acciones de grupo, como lo son la desigualdad de criterios utilizados por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado para interpretar de una manera armónica la Ley 472, los criterios cuantitativos acerca del número de personas que se necesitan, el tipo de derecho que se ve vulnerado, entre otros.

11. Legitimación y representatividad del grupo

En estos aspectos el Código Modelo de Procesos Colectivos del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal trae figuras no contempladas en nuestra Ley 472 de 1998; por ejemplo, la legitimación por activa la puede tener una serie de personas naturales o jurídicas que pueden no pertenecer al grupo de los afectados del grupo, a diferencia de nuestro derecho, donde la acción de grupo debe ser interpuesta por un miembro del grupo. Sin embargo, el Código Modelo demarca un avance al contemplar dentro de esta legitimación a los sucesores o herederos, figura negada por el Consejo de Estado por no tratarse del mismo tipo de responsabilidad⁴⁹. Es así como el artículo 4° expresa que *“ los legitimados podrán proponer, en nombre propio y en el interés de las víctimas o de sus sucesores, entre otras (art. 4°), la pretensión civil colectiva de responsabilidad por los daños individualmente sufridos, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos siguientes”*.

⁴⁹ CONSEJO DE ESTADO. Magistrado ponente Gabriel Mendoza Martelo, 10 de febrero de 2000, ref. AP- 004: *“Las condiciones de uniformidad, en cuanto a la causa que originó el perjuicio se traducen en que todos los integrantes del grupo deben recibir dicho perjuicio de manera directa; es decir, que el grupo debe estar conformado mínimo por 20 damnificados o lesionados, entendiéndose como tales las personas que resultaron directamente afectadas en virtud de esa misma causa”*.

En el Derecho anglosajón existe la moción de certificación del grupo en el cual el juez desde el principio del proceso define las condiciones de capacidad y experiencia de quien ha tomado entre sus manos la labor de obtener la búsqueda y resarcimiento del grupo.

El Código Modelo, para garantizar la eficacia final de la acción, la cual depende de la adecuada representatividad del accionante⁵⁰, dispone que ésta se analizará al momento de la admisión de la acción y posteriormente en cualquier etapa del proceso. Para esto se tendrá en cuenta la experiencia del representante, su capacidad, credibilidad, prestigio, experiencia, entre otros. No hay que olvidar que la figura de la adecuada representación en nuestro derecho colombiano, si bien no es un requisito para la admisión de la demanda, sí es una causal de exclusión de grupo y de la consecuente habilitación de las acciones individuales. Estos criterios son importantes si se quiere verificar la real efectividad de la acción, pero a la vez pueden ser talanqueras en un sistema como el nuestro al exigir prestigio y experiencia para la tramitación de las acciones de grupo.

Es de nuestro parecer que es conveniente radicar la legitimidad por activa sólo en los miembros del grupo, ya que esto nos podría dar un margen de confianza, en la medida en que se procuraría el resarcimiento de perjuicios de la mejor manera posible. También sería aconsejable que el Ministerio Público se hiciera parte en el proceso como sujeto procesal.

Además de lo anterior, y acogiendo un requisito de la demanda colectiva del Código Modelo en su artículo 2, es factible darle al juez como herramienta, desde la admisión de la demanda, el análisis y veri-

⁵⁰ El Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica Art. 2º. Requisitos de la demanda colectiva. - Son requisitos de la demanda colectiva:

Par. 2º. 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 – la coincidencia entre los intereses de los miembros del grupo, categoría o clase y el objeto de la demanda;
- e – el tiempo de constitución de la asociación y la representatividad de ésta o de la persona física respecto del grupo, categoría o clase.

ficación de la coincidencia entre los intereses del grupo y el objeto de la acción. No consideramos que se trate de un prejuzgamiento del funcionario judicial para la factibilidad de la acción, sino de velar por la correcta formulación de una pretensión, el fundamento que ésta tenga y el material probatorio se analizara en el curso del proceso.

12. Naturaleza de la relación jurídica entre los legitimados

La relación que se presenta entre los legitimados en nuestro derecho actual se podría considerar como un litisconsorcio necesario *sui generis*, pues, por un lado, no necesita la presencia de todos los afectados desde el inicio de la acción, siempre que se acredite que el número es de por lo menos veinte personas, caso en el cual esta exigencia es un requisito formal de procedibilidad de la acción no una requerimiento sustancial que dé lugar a una especie de litisconsorcio necesario.

Es *sui generis*, pues de manera general se puede afirmar que aun cuando no se haya hecho parte en el proceso determinado una persona afectada, la sentencia tiene efectos de cosa juzgada para ella, a no ser que se excluya del grupo, por lo cual habilitará instantáneamente la posibilidad de accionar por separado.

El Código Modelo en el párrafo 2° del artículo 3° expresa: “Será admitido el litisconsorcio facultativo entre los legitimados”. Este artículo podría abrir la posibilidad de una representación conjunta entre diferentes categorías de legitimados, es decir, por ejemplo: una organización sindical y cualquier persona física.

Es dable precisar también la relación de litisconsorcio facultativo de los diferentes sujetos cuando se encuentran todos en la misma categoría, como es el caso de la legitimación del grupo propiamente dicha, pues en este caso, y si entendemos al grupo como una unidad, estaríamos con esto vislumbrando en nuestro derecho una figura nueva a las personas físicas, jurídicas y patrimonios autónomos.

Si, por otra parte, entendemos que al interior de esta categoría las diferentes personas físicas integrantes del grupo formarían entre ellas un litisconsorcio facultativo, tendríamos que precisar los efectos que de ello devienen; es decir que se trate de litigantes separados y que los actos de uno no afecten ni beneficien al otro.

Al respecto, el Código Modelo es claro en crear una relación de litispendencia entre dos acciones colectivas, es decir, propuestas para el grupo; sin embargo, el miembro del grupo que no esté de acuerdo con las actuaciones de su representante podrá separarse y presentar su acción individual, sin que por esto pueda tacharse tal conducta con una excepción de pleito pendiente

CONCLUSIONES

Dentro del mundo del procesalismo que tiene por objeto la protección de los derechos sustanciales, una acción como la de grupo adquiere suma importancia, pues es una herramienta que traduce los principios de economía procesal, eficiencia y eficacia en la administración de justicia, entre otros.

El hecho de que este instrumento no haya dado aún sus frutos, no habla de la necesidad de hacer claridad en cuanto a sus conceptos básicos, fuentes y requisitos. Es así como el Código Modelo de Procesos Colectivos del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal se erige como una fuente válida de sugerencias para propiciar cambios en el ordenamiento interno que simplifiquen el excesivo formalismo que se ha presentado en diversos fallos y se unifiquen criterios que doten de seguridad jurídica a los futuros accionantes.

Temas como el objeto que persigue, la conformación del grupo, la representatividad del mismo, la cosa juzgada de dichos fallos, el papel de la Defensoría del Pueblo en la administración de los recursos, etc., deben ser objeto de precisión, a fin de no satanizar esta acción ni prestarla a interpretaciones personalistas que den al traste con el propósito que se quiso buscar con el artículo 88 de la Constitución Política.

Referencias

- ARISTIZÁBAL, Villa Javier, *Acciones de clase en el ordenamiento jurídico colombiano*. Universidad ICESI.
- Auto de 24 de mayo de 2001. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Expediente N° AG 011.
- BEJARANO GÚZMÁN, Ramiro (2001). *Procesos declarativos*, 2ª ed. Bogotá: Temis.
- CAMARGO, Pedro Pablo, *Las acciones populares y de grupo*, 4ª ed. Bogotá: Leyer.

- Código Modelo de Derecho Procesal.
- CONSEJO DE ESTADO. Magistrado ponente Gabriel Mendoza Martelo, 10 de febrero de 2000, ref. AP- 004:
- CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, radicación 25000 de 15 de julio de 2004, Magistrado ponente Dr. Germán Rodríguez.
- CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Expediente AP- 043 de 1º de junio de 2000. M.P. Allier Hernandez.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO (2002, agosto). Los derechos e intereses colectivos, defensa a través de las acciones populares.
- Gaceta Constitucional* N° 77 del 20 de mayo de 1991. Constituyentes Jaime Arias López y Juan Carlos Esguerra. Ley 472 de 1998.
- GIDI, Antonio (2004). Las acciones colectivas, capítulo 4: formato Pdf. Tomado de Internet: www.bibliojuridica.org
- MIRANDA, Alfonso (2000). Libre competencia como derecho o interés colectivo susceptible de protección a través de las acciones populares y de grupo. Memorias Defensoría del Pueblo, *Foro sobre derechos e intereses colectivos*.
- OTEIZA, Eduardo (2005). Los procesos colectivos en Argentina frente a las alternativas que presenta el Código Modelo del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Ponencia presentada en el XXVI congreso de derecho procesal. Bogota.
- PÉREZ, Escobar Jacobo, *Derecho constitucional colombiano*, 7ª ed. Bogotá: Temis.
- PILOWSKY, Roffe Amity. *Derechos Colectivos e Intereses Difusos*. Abogado EDITORIAL. Tomado de Internet.
- SACHICA, Luis Carlos, *Gaceta del Congreso* N° 167 de 28 de mayo de 1997.
- Sentencia C-157/98. www.lexbase.com.co
- Sentencia C-036/98 www.lexbase.com.co
- Sentencia C-215/99. . www.lexbase.com.co
- Sentencia C-732/00. . www.lexbase.com.co
- Sentencia C-1064/00. . www.lexbase.com.co
- Sentencia C-569/04 . www.lexbase.com.co
- VALENCIA, Zea Arturo. *Derecho Civil. Parte General y Personas*, 15ª ed. Bogotá: Temis.