

HERRA79

Acciones Populares, para defender lo público

Las acciones populares son a los derechos e intereses colectivos lo que la acción de tutela es a los derechos fundamentales: la herramienta propia para su protección.

Colombia no parece un todo sino una sumatoria de intereses individuales. Y lo público estaba expósito. Era necesaria, pues, una acción popular para la defensa de lo público.

La acción popular es un verdadero proceso. Es menos rígida que un proceso ordinario pero no es tan informal como la acción de tutela o, incluso, como la acción de cumplimiento. Es como un término medio de ritualismo.

NÉSTOR RAÚL CORREA HENAO

Abogado y profesor
Bogotá

Las acciones populares son, según Germán Sarmiento, “aquellas en las que cualquier persona, perteneciente a un grupo de la comunidad, está legitimada procesalmente para defender al grupo afectado por unos ciertos hechos comunes, con lo cual, simultáneamente, protege su propio interés, obteniendo, en ciertos casos, un beneficio económico adicional en su favor representado por la recompensa que la ley otorga en algunas ocasiones”(1).

Originarias del derecho romano y desarrolladas por el derecho anglosajón, las acciones populares fueron introducidas en Colombia por don Andrés Bello en el Código Civil del siglo XIX, en los artículos 1.005 y 2.359. Pero durante un siglo esas normas fueron letra muerta.

El Constituyente de 1991 elevó a rango constitucional esas acciones populares en el artículo 88 y hasta 1998 hubo numerosas regulaciones dispersas de esta institución.

Pero con la expedición de la Ley 472 de ese año, por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo, se unificó y simplificó el procedimiento de estas acciones. Desde entonces su práctica no ha cesado

de incrementarse, al amparo de la jurisprudencia constitucional (2) y contenciosa.

Las acciones populares son a los derechos e intereses colectivos lo que la acción de tutela es a los derechos fundamentales: la herramienta propia para su protección.

Se entiende por derecho colectivo aquel que es indivisible, que es ultraindividual o metaindividual, que es de todos pero no es de nadie en particular. es el género. Y se entiende por interés colectivo aquél que es también indivisible e indeterminado. Es una especie del anterior.

La doctrina, no la ley colombiana, distingue entre “interés colectivo”, que pertenece a un grupo organizado, e “interés difuso”, que pertenece a una comunidad indeterminada.

Los ejemplos clásicos de derechos colectivos son el ambiente sano, el espacio público, el patrimonio público, la moralidad administrativa, la libre competencia, los derechos de consumidores y usuarios, la prevención y planeamiento urbanos, entre otros.

Al cumplirse la primera década de vigencia de la Constitución, justo es reflexionar sobre el balance de las acciones populares en Colombia.

Acciones populares y acciones de grupo

Tanto el artículo 88 de la Constitución como la Ley 472 de 1998 regulan en realidad dos acciones diferentes: la acción popular ***stricto sensu***, o la acción popular a secas (*citizen action*), y la acción de grupo, también llamada por la doctrina acción de clase (*class action*). Es, pues, necesario diferenciar las acciones populares de las acciones de grupo.

Las acciones populares son aquellas que protegen los derechos e intereses colectivos, con una triple finalidad: prevenir, restituir y, excepcionalmente, indemnizar.

En cambio, las acciones de grupo buscan únicamente la indemnización de los perjuicios ocasionados a por lo menos 20 víctimas, que se encuentran en condiciones uniformes respecto de la causa que generó el daño.

Las acciones de grupo no son otra cosa que una acción de responsabilidad patrimonial, sólo que el demandante es un número plural de personas que, por economía procesal, tramitan sus diferentes pretensiones individuales bajo una misma cuerda.

La ciudadanía puede entender mejor esta diferencia entre ambas acciones a partir de un ejemplo: si se trata de evitar la venta de un producto médico que trae secuelas letales, opera la acción popular (previene el daño). Igual si se trata de recoger los productos ya vendidos y aún no consumidos (restituye), o de resarcir al Ministerio de Salud por los gastos que le generó el retiro del producto del mercado (indemniza). Por eso esta acción la puede interponer cualquier persona.

En cambio, si ese producto fue tomado por mil personas que luego por eso fallecieron, lo que procede es una acción de grupo, para el pago de los perjuicios individuales (indemnizar únicamente). Por ello sólo los familiares de esas víctimas concretas pueden demandar.

En las acciones de grupo, las víctimas pueden escoger entre presentar una acción de grupo, si son más de 20 personas, o presentar cada una acciones de responsabilidad patrimonial, por separado. Pero no pueden hacer ambas cosas a la vez. Y si el grupo es menos de 20 personas, no cabe la acción de grupo y habrá que presentar las acciones individuales de responsabilidad patrimonial.

Derechos colectivos y derechos individuales

Según Javier Tamayo Jaramillo, “es posible que los daños colectivos y los de grupo se den conjunta o separadamente. En efecto, es factible que un mismo hecho produzca tanto daños colectivos como individuales. Lo importante es saber cuáles son los unos y cuáles los otros”(3).

En este sentido, Tamayo aclara lo siguiente: “es claro entonces que a los daños colectivos les pertenece el trámite de una acción popular, y que a los daños individuales derivados de un daño colectivo, se les aplica el trámite de una acción de grupo. Ambos procesos están regulados en la Ley 472. Pero al daño colectivo no se le puede aplicar la acción de grupo, ni al daño de grupo se le puede aplicar el trámite de la acción popular”(4).

Como varios de los derechos colectivos expresan al mismo tiempo derechos individuales, se plantea la pregunta acerca de ¿cuál acción ejercer?

Tamayo Jaramillo responde así esta pregunta: “si el daño colectivo es meramente contingente, es decir, es solo una amenaza de daño, cabe acudir solo a la acción popular. Y si la amenaza de daño afecta a un derecho individual, el afectado podrá ejercer cualquiera de las dos acciones para que la amenaza de daño sea suprimida. En cambio, si se trata de daños ya causados, es necesario acudir a la acción popular si el daño afecta un derecho colectivo, o a la de un grupo, si el daño es individual de un grupo de al menos 20 personas”(5).

Con un ejemplo se entiende mejor esta tesis de Tamayo: si se va a contaminar una laguna, en donde además pescan los habitantes de sus riveras, que son más de 20, y derivan de allí su subsistencia (amenaza), procede: a) para el derecho al ambiente sano: sólo la acción popular; y b) para los perjuicios: las víctimas escogen entre acción popular o acción de grupo. En cambio, si ya se contaminó (vulneración), procede: a) para el derecho al ambiente sano: sólo la acción popular, como en el caso anterior; y b) para los perjuicios: las víctimas sólo pueden interponer acción de grupo, o acciones individuales, pero no acción popular, a diferencia de la primera hipótesis.

Las acciones frente a los actos y contratos administrativos

Un tema que se ha venido presentando con frecuencia en las acciones populares en curso es el de establecer si en ellas el juez puede cuestionar la legalidad de los actos y contratos administrativos. La jurisprudencia y la doctrina se han dividido.

En efecto, el Consejo de Estado ha señalado en varias ocasiones que tal evento no puede darse, pues la acción popular no podía invadir las otras acciones contenciosas (6). En otra oportunidad dijo que sí siempre y cuando la protección del derecho colectivo lo exigiera (7).

En cuanto a la doctrina, Tamayo (8) y Bejarano (9) coinciden en afirmar que ni los actos administrativos ni los contratos se pueden anular en sede popular.

Se trata de un falso dilema, si se considera la distinción entre vigencia y eficacia del derecho. La vigencia es un problema de existencia de la norma. La eficacia es un problema de aplicación de la norma. La primera se destruye por anulación o derogación, la segunda por inaplicación, suspensión, ineficacia, decaimiento.

Así, mediante las acciones populares no se puede anular un acto administrativo o un contrato, lo cual es monopolio del juez competente por conducto de la acción pertinente, pero sí se pueden suspender ambos. Esa suspensión deja vigentes el acto o el contrato, pero sin efectos.

Es como la suspensión provisional de la acción de nulidad o, mejor, como la excepción de inconstitucionalidad que tiene todo funcionario – no sólo los jueces – para hacer prevalecer las normas constitucionales (Artículo 4º de la Constitución), en este caso, para hacer prevalecer los derechos colectivos, consagrados en el Artículo 88 de la Constitución.

Así opera la acción popular

Los principales rasgos procesales de las acciones populares son los siguientes:

- **¿Quién puede interponerla?** Como acción pública que es, la acción popular puede ser presentada por cualquier persona, lo que demuestra que se trata de una legitimidad ampliada y poco ritual.
- **¿Contra quién se interpone?** La acción popular puede dirigirse contra cualquier persona, natural o jurídica, pública o privada, nacional o extranjera.
- **¿Ante qué juez se interpone?** Si la acción popular se dirige contra una entidad pública o contra un particular que ejerce funciones administrativas, el juez competente es el contencioso administrativo. Si ella se dirige contra un particular, el juez competente es el juez civil del circuito. En ambos casos hay segunda instancia.
- **¿Hay un tiempo específico para interponerla?** No hay caducidad, de manera que se puede interponer en cualquier tiempo. Antes la ley fijaba un plazo máximo de cinco años, pero ello fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional (10).
- **¿Cómo se le notifica al demandado?** La notificación debe ser personal. Sin embargo se trata de una notificación intermedia entre la rígida civil y la informal de la tutela, pues basta con entregar copia de la demanda, del auto admisorio y del aviso al empleado que figure en la dirección del demandado, aunque abra la puerta el portero del edificio.

- **¿Qué es el pacto de cumplimiento?** Es una tentativa de terminación anticipada del proceso, por acuerdo de las partes. Para ello el juez citará a una audiencia especial, antes del período probatorio, para ver si, por mutuo acuerdo, las partes acuerdan cumplir unos términos que conducirían a la protección del derecho colectivo. Es como una modalidad de conciliación. Si hay acuerdo o pacto, el proceso se termina y se dicta sentencia.

- **¿Qué incentivos o estímulos hay para el demandante?** Las acciones populares consagran un incentivo económico al demandante victorioso, como premio por haber defendido, él solo, los intereses de todos. Ese incentivo oscilará entre 10 y 150 salarios mínimos. Además, si se trata de un caso de corrupción (normalmente en la contratación administrativa), se le dará como incentivo al demandante un 15% de lo que efectivamente se recupere.

- **¿Qué es el Fondo para la Defensa de Derechos e Intereses Colectivos?** La Ley 472 de 1998 crea este Fondo, administrado por la Defensoría del Pueblo, para promocionar y promover la presentación de acciones populares y de grupo, así como para manejar el pago de las indemnizaciones en esta última.

- **¿En qué consiste la sentencia?** Aquí, como en el caso de la de tutela, el juez expide una orden de hacer o de no hacer. La orden puede ser triple: cesar la amenaza a los derechos colectivos, restituir las cosas a su estado anterior, cuando fuere posible, e indemnizar a la entidad estatal, si fuere del caso.

- **¿Qué efectos tiene la sentencia?** Ella tiene efectos de cosa juzgada *erga omnes*, esto es, produce efectos respecto no sólo de las partes sino también del público en general. Esa cosa juzgada es absoluta, salvo que se presenten hechos o pruebas nuevas, caso en el cual pasa a ser relativa, de conformidad con la jurisprudencia constitucional (11), o sea que se puede volver a demandar.

Los términos de la acción popular

Una acción popular debe seguir el siguiente procedimiento:

1. Se presenta la demanda o petición.
2. Tres días para admitir.
 - Si no se admite: 3 días para corregir, so pena de rechazo *in limine*.

- Si se admite: se decreta al tiempo notificar al demandado y medidas cautelares.

3. Se realiza la notificación (sin plazo)
4. Diez días de traslado al demandado.
5. Tres días para citar a audiencia de cara al pacto de cumplimiento
6. Se realiza la audiencia especial (sin plazo)
 - Si hay pacto: 5 días para revisarlo y dictar sentencia
 - Si no hay pacto: sigue el proceso
7. Se decretan las pruebas (sin plazo para decretarlas)
8. Veinte días de período probatorio, ampliable por otros 20; si hay peritos: 5 día más de traslado a las partes.
9. Cinco días de traslado para alegar.
10. Veinte días para proferir fallo de primera instancia
11. Se notifica la sentencia.
 - Si se falla a favor: plazo prudencial para cumplir y se crea comité de verificación.
 - Si no se apela: allí acaba.
 - Si se apela: va al superior para que tramite la segunda instancia
12. El juez de segunda instancia recibe el proceso, admite la apelación y puede decretar pruebas por 10 días.
13. Veinte días para dictar sentencia de segunda instancia.
14. Notificación y cumplimiento igual que en primera instancia.

En suma, se aprecia que la acción popular es un verdadero proceso, a diferencia de la acción de tutela. Es menos rígida que un proceso ordinario pero no es tan informal como la acción de tutela o, incluso, como la acción de cumplimiento. Es como un término medio de ritualismo.

Acciones populares, por buen camino

Al cumplirse dos lustros desde la expedición de la Constitución de 1991, el balance de las acciones populares y de grupo arroja un saldo finalmente favorable.

Tuvieron que pasar siete años para que se expidiera la reglamentación de estas acciones por parte del Congreso de la República, ante la oposición de varios gremios de la producción. Y hubo que esperar un año más para que se iniciase la vigencia de esta ley, el 5 de agosto de 1999.

Pero el balance es favorable, en efecto, porque al cumplirse un año del inicio de la vigencia de reglamentación legal de estas acciones (el 5 de

agosto pasado), se observaba, según datos de la Defensoría del Pueblo, que se habían interpuesto 284 acciones populares y 24 acciones de grupo.

De ellas, 70 ya habían terminado, en el 75% de los casos por sentencia y en el 25% por pacto de cumplimiento. De las sentencias, el 68.9% fueron absolutorias y el 31.1 fueron condenatorias.

Si bien los procesos se han iniciado en 17 de los 32 departamentos del país, Cundinamarca concentra el 56% de los procesos.

Por otra parte, los derechos colectivos más invocados en las acciones populares son el ambiente sano (33.8%), el espacio público (31.3%) y le siguen seguridad y salubridad, servicios públicos y patrimonio público.

En cuanto a los actores en las acciones populares, se observa lo siguiente: por activa, han demandado 244 personas naturales, 36 ONG, 3 sociedades comerciales y 24 entidades públicas. Y por pasiva, han sido demandados 12 personas naturales, 11 ONG, 27 sociedades comerciales y 414 entidades públicas. Por último, en la jurisdicción contenciosa se ha interpuesto el 94% de las acciones y en la jurisdicción civil el 6% restante.

Desde luego, no se ha decantado todavía una jurisprudencia y una doctrina que permitan establecer de manera unificada los alcances y los límites de las acciones populares y de grupo, por la novedad de estas instituciones.

Además, en casos aislados se ha abusado de la acción popular, como cuando se interpuso una demanda para pretender que el Presidente de la República cambiase el sistema económico neoliberal, o en otros eventos se han superpuesto la acción popular y la de grupo, como en el caso de los usuarios del sistema UPAC.

Tampoco se han solucionado algunas dudas procesales, como la calidad en que se vincula a terceros, la apelación del auto que rechaza las demandas o que niega medidas cautelares, la sanción al particular que no asiste al pacto de cumplimiento, la forma de contabilizar la caducidad, entre otros.

Adicionalmente, los despachos judiciales, que ya estaban bastante congestionados con el trabajo ordinario y con las acciones de tutela, han visto incrementar sus tareas con los procesos populares, lo que se ha traducido en la dilación de unos y otros.

Pero todos estos inconvenientes pasan a un segundo plano si se tiene en cuenta la importancia que tienen estas vías procesales para la protección efectiva de los derechos, que es uno de los fines esenciales del Estado social de derecho.

Sobre todo, la defensa de los derechos colectivos pasa por la apropiación de lo público y por la construcción de una identidad nacional y de un sentido de pertenencia de la ciudadanía, que tanta falta le hace a este país.

Colombia no parece un todo sino una sumatoria de intereses individuales. Y lo público estaba expósito. Era necesaria, pues, una acción popular para la defensa de lo público.

Caja de citas

1. SARMIENTO PALACIO, Germán. Las acciones populares en el derecho privado colombiano. Banco de la República, Bogotá, 1988
2. Véanse, entre otras, las siguientes sentencias de la Corte Constitucional: T-437/92, T-067/93, T-225/93, T-231/93, T-254/93, T-046/99, C-215/99, C-088/00 y C-1.062/00.
3. TAMAYO JARAMILLO, Javier. Las acciones populares y de grupo, Editorial Raisbeck, Lara, Rodríguez y Rueda (Baker & Mc Kenzie), Comentarios de Luis Felipe Botero Aristizábal, Bogotá, 2001, p. 31
4. Idem, p. 35
5. Idem, p. 55
6. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de mayo de 2000, exp. AP-038; en el mismo sentido ver la sentencia del 23 de marzo de 2000, exp. AP-025; y también: sentencia del 1º de junio de 2000, expediente AP-047.
7. Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia de abril 7 de 2000, exp. AP-026. En este fallo se dijo: "las decisiones en esta clase de acciones son básicamente declarativas, y por ello, son procedentes contra actos de la administración, aún mediando que contra ellos procedan las acciones contencioso administrativas".
8. TAMAYO, op. cit., p. 112. Allí se anota: "en nuestro concepto, la acción popular no es procedente en semejantes circunstancias y solo acudiendo a las vías especiales consagradas expresamente en la ley, será posible destruir el acto o contrato".
9. BEJARANO GUZMÁN, Ramiro, De las acciones populares y de grupo. En: Reformas a la legislación mercantil, primera edición, Colegio de Abogados de Medellín – Editorial Dike, Medellín, 1999, p. 129. Anota este autor que la acción popular "no es viable interponerla contra un acto administrativo, el cual debe ser combatido mediante un proceso contencioso administrativo".
10. Corte Constitucional, sentencia C-215 de 1999.
11. Idem.