

Balance de los 10 años de las acciones populares y de grupo

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

Impactos de algunas acciones populares,
tensiones y propuestas de reforma

Bogotá, Agosto de 2008

INTRODUCCIÓN¹

La participación de la Corporación Excelencia en la Justicia en el presente proyecto estuvo orientada por el ánimo de investigar sobre algunos temas relacionados con las acciones populares y de grupo, el activismo judicial y la percepción de esta actividad por parte de la ciudadanía. Al indagar, en reuniones y entrevistas con empresarios², con Jueces, con abogados accionantes y con algunos de los Alcaldes Municipales, se adelantó un primer acercamiento a la percepción que tiene cada uno respecto de las acciones populares.

Para algunos empresarios ha habido abuso en su ejercicio, consideran que las actuaciones temerarias tienden a crecer, ya que en muchos casos las acciones populares se interponen con la finalidad de alcanzar objetivos fraudulentos o contrarios a la ley, entorpeciendo la marcha de la administración de justicia y atentando contra los principios procesales de lealtad y buena fe. Afirman que algunos abogados accionantes se han convertido en cazarrecompensas, dedicados a perseguir hechos y posibles afectados que pueden generar una acción popular, con el único objetivo de cobrar el incentivo. Por otro lado,

preocupa a éste gremio que las decisiones judiciales desconocen en muchos casos la situación económica del país y del sector industrial y empresarial, y las sentencias terminan generando crisis económicas en las empresas. Finalmente, resulta preocupante el hecho que estas acciones pueden servir como posible foco de corrupción judicial, al buscarse beneficio indebido por parte de jueces a través del reconocimiento del incentivo.

Por todo ello, es una conclusión generalizada para este gremio que la Ley 472 de 1998 debe ser reformada en diversos aspectos, no sólo aquellos tendientes a controlar las irregularidades que ellos perciben y que hemos explicado arriba, sino también sobre aspectos más específicos y que trataremos aparte, como el incentivo y la sobreposición de acciones.

Para algunos Alcaldes, las acciones populares están dejando sin recursos al Estado, en especial a los Municipios, los cuales carecen de una defensa adecuada, ya que en ciertos Municipios los defensores públicos son insuficientes para atender los requerimientos judiciales generados por las acciones populares, y, en otros, la defensa técnica no es eficiente y no logran una verdadera defensa técnica de la entidad territorial. Afirman adicionalmente, que los planes de desarrollo son utilizados para interponer acciones a partir de las obligaciones de cumplimiento gradual que son fijadas allí.

¹ / Bajo la dirección de Gloria María Borrero Restrepo, participaron en esta investigación Alejandro Botero y Luisa Fernanda Trujillo, consultores de la CEJ.

² Del sector de Comunicaciones, Bancario, de Hidrocarburos e Hidroeléctricas y Salud.

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

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

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

Con todo, este trabajo, lejos de ser exhaustivo, ha sido un primer acercamiento al estado de cosas en

la materia, que mas allá de algunos resultados y algunas conclusiones ha dejando sobre todo planteadas múltiples inquietudes que perfilan nuevos proyectos de investigación en el futuro.

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

En el primer tema la Corporación estudió todo el universo de sentencias de constitucionalidad proferido por la Corte Constitucional en las que se efectuó control abstracto de la Ley 472 de 1998 para identificar algunas características del control. Con base en ese universo también se estudió el alcance de la intervención de la Corte en la Ley, a través de las decisiones de inexecutable y executable condicionada.

En segundo lugar, a partir de la identificación de diferentes niveles de impacto de las decisiones proferidas por los jueces dentro de los procesos de acciones populares –desde un impacto orientado concretamente a grupos de población específicos hasta un impacto indeterminado sobre segmentos no identificables de la población- se analizaron algunas decisiones de acciones populares de



alta relevancia en razón de los temas que fueron abordados en ellas.

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

Con base en los insumos de este trabajo de investigación, la Corporación ha querido hacer algunas propuestas sobre la manera en la que podría proyectarse una política pública que contribuya a mejorar los mecanismos de protección de derechos en el país. Como parte del mandato de la Corporación Excelencia en la Justicia, participar en el mejoramiento de la labor de los jueces a través de la investigación, es una contribución a que los ciudadanos puedan gozar de una justicia, más eficiente y más acorde con sus necesidades.

GLORIA MARÍA BORRERO RESTREPO
Directora Ejecutiva
Corporación Excelencia en la Justicia

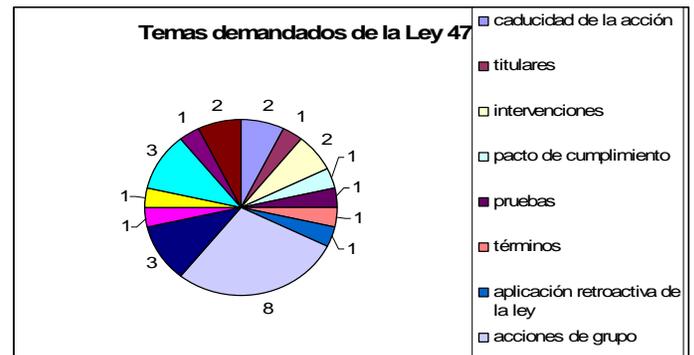
1. Alcance de la intervención de la Corte Constitucional en la revisión de la Ley 472 de 1998.

1.1. La labor de la Corte en cifras.

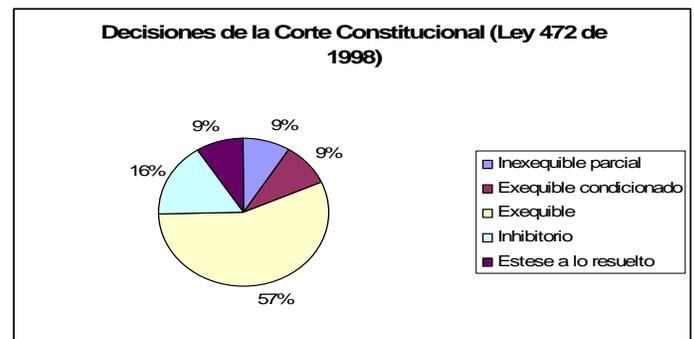
La intervención de la Corte Constitucional en la revisión de la Ley 472 de 1998 ha sido escasa, al menos en dos sentidos: han sido pocas las oportunidades en las que la norma ha sido revisada – resultado de que la norma no ha sido frecuentemente demandada- y las decisiones, casi siempre, han respetado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

Desde la entrada en vigencia de la Ley 472 de 1998 se han interpuesto 19 demandas, de las cuales 4 han sido archivadas y 14 han sido decididas. Estas 14 demandas estudiadas han producido 11 sentencias.

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



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



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

Tipo	de	Promedi	Accio
------	----	---------	-------

decisión	o Corte Constitucional ³	nes Populares
Inconstitucionalidad	23%	9%
Condicionada	5%	9%
Constitucionalidad	64%	57%
Inhibitorio	7%	16%

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

1.2. La intervención de la Corte Constitucional.

La presente investigación se basa en la revisión de las decisiones de control abstracto de la Ley 472 de 1998. Si bien se reconoce la importancia que han tenido las

decisiones de tutela para la precisión del alcance de algunos aspectos del ejercicio de las acciones populares, la elección de estudiar este tipo de decisiones se basa en que son estas las que tienen capacidad de transformar directa y explícitamente el texto normativo o su interpretación, al excluir disposiciones legales (decisiones de inexecutableidad) o excluir interpretaciones de las disposiciones (decisiones de constitucionalidad condicionada). Específicamente serán las decisiones de mayor alcance, inexecutableidad y executableidad condicionada, las que serán revisadas con el fin de analizar cuál ha sido el sentido de la intervención de la Corte Constitucional.

La sentencia C-215 de 1999 (MP Marta Victoria Sáchica) fue la primera sentencia de control abstracto de la Ley 472 de 1998 y la primera sentencia en la cual se adoptaron decisiones de intervención en relación con la misma. En primer lugar, la Corte declaró inexecutable la caducidad de las acciones populares en aquellos casos en los que la pretensión era devolver las cosas al estado anterior, establecido en cinco años. Si bien la Corte reconoció que la Constitución no había hecho referencia alguna a la ausencia de limitación temporal para ejercicio de las acciones populares, dada la naturaleza de los derechos para cuya protección estaba prevista la misma, que son derechos fundamentales y en consecuencia imprescriptibles, resultaba violatorio del debido

³ Datos toma de: CEPEDA ESPINOSA, Manuel José. Polémicas Constitucionales. Editorial Legis. Bogotá. 2007. p. 79. La metodología utilizada en este libro fue adoptada en el observatorio para la elaboración de las gráficas.

proceso y del derecho al acceso a la administración de justicia establecer limitaciones temporales para su protección: *“No se desconoce tampoco, que los plazos que puede fijar el legislador para ejercer acciones judiciales mediante instrumentos como la caducidad y la prescripción de la acción, pueden justificarse en la mayoría de los casos, por razones de seguridad jurídica, de eficiencia en la administración de justicia y del cumplimiento del deber ciudadano de colaborar con ésta. Sin embargo, cuando se trata de derechos fundamentales, es decir, imprescriptibles, no puede someterse su ejercicio o protección a que por el transcurso del tiempo y la negligencia de uno de los titulares de un derecho colectivo perteneciente a todos y cada uno de los miembros de la comunidad afectada, se extinga la posibilidad de instaurar la acción que la Constitución ha consagrado en favor de una colectividad.”* (Artículo 114)

La adopción de esta decisión también introdujo una distinción de alta relevancia en el control abstracto de las acciones populares y las acciones de grupo, al reconocer que sólo en el primer caso se trata de

un mecanismo de protección de derechos fundamentales, cuya alta relevancia exige que se eliminen los obstáculos para su protección.

En segundo lugar, la Corte Constitucional revisó la constitucionalidad del pacto de cumplimiento que, según el demandante, era inconstitucional por constituir una negociación de las sanciones por la violación de derechos colectivos. La Corte desestimó los cargos relacionados con la figura del pacto de cumplimiento en general por considerar que este representaba una medida de economía procesal que no sacrificaba la protección de los derechos colectivos ya que contaba, como garantías, con la presencia del Ministerio Público y con la exigencia de la presencia de todas las partes.

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

⁴ En la parte resolutive de la sentencia decidió la Corte: “Segundo.- Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 11 de la Ley 472 de 1998, salvo las expresiones “Cuando dicha acción esté dirigida a volver las cosas al estado anterior, el término para interponerla será de cinco (5) años, contados a partir de la acción u omisión que produjo la alteración”, las cuales se declaran **INEXEQUIBLES.**” El artículo 11 de la 472 de 1998 quedó así: “La Acción Popular podrá promoverse durante el tiempo que subsista la amenaza o peligro al derecho e interés colectivo”

irrazonables que obstaculicen su protección:

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

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

(...) la Corte considera que se configura una situación diferente cuando ocurren hechos nuevos o causas distintas a las alegadas en el

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

Finalmente, con miras a garantizar la efectividad del pacto de cumplimiento la Corte también condicionó su constitucionalidad a que la publicación del pacto corriera a cargo sólo de la parte infractora, teniendo en cuenta el principio de gratuidad y que quien actúa en defensa de los derechos colectivos es movido por un interés altruista que merece algún tipo de reconocimiento: *“De otro lado, se pregunta la Sala, si puede resultar excesiva en el caso del demandante en acción popular, la carga impuesta en el penúltimo inciso del artículo 27, de publicar a su costa en un diario de amplia circulación nacional, la sentencia que aprueba el pacto de cumplimiento, pues su*

ejecución se puede ver afectada por la falta de conocimiento de la comunidad beneficiada, cuando el demandante no cuente con los recursos para sufragar el valor de esa publicación.

Estima la Corte que, si se tiene en cuenta que en las acciones públicas rige por lo general el principio de gratuidad, así como que quien actúa de con un propósito altruista en defensa de derechos e intereses de la comunidad a que pertenece, merece algún tipo de reconocimiento por su actuación, debe entenderse que la expresión "partes involucradas", consignada en el inciso en mención, se refiere exclusivamente al infractor que con su actuación vulneró los derechos e intereses objeto de dicho pacto. " (Artículo 27⁵)

⁵ Decidió la Corte en relación con el artículo 27: "Tercero.- Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 27 de la Ley 472 de 1998, en el entendido de que la sentencia que aprueba el pacto de cumplimiento hace tránsito a cosa juzgada, salvo que se presenten hechos nuevos y causas distintas a las alegadas en el respectivo proceso, así como informaciones de carácter técnico que no fueron apreciadas por el juez y las partes al momento de celebrarse dicho pacto, evento en el cual la sentencia hace tránsito a cosa juzgada relativa.

Así mismo, esa declaración se entiende en el sentido de que las expresiones "partes involucradas", contenidas en el penúltimo inciso del artículo 27 de la Ley 472 de 1998, se refieren únicamente al infractor demandado por la violación de derechos e intereses colectivos. " El artículo 27 de la Ley 472 de 1998: "El juez, dentro de los tres (3) días siguientes al vencimiento del término de traslado de la demanda, citará a las partes y al Ministerio Público a una audiencia especial en la cual el juez escuchará las diversas posiciones sobre la acción instaurada, pudiendo intervenir también las personas naturales o jurídicas que hayan registrado comentarios escritos sobre el proyecto. La intervención del Ministerio Público y de la

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

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

entidad responsable de velar por el derecho o interés colectivo será obligatoria. || La inasistencia a esta audiencia por parte de los funcionarios competentes, hará que incurran en causal de mala conducta, sancionable con destitución del cargo. || Si antes de la hora señalada para la audiencia, algunas de las partes presenta prueba siquiera sumaria de una justa causa para no comparecer, el juez señalará nueva fecha para la audiencia, no antes del quinto día siguiente ni después del décimo día, por auto que no tendrá recursos, sin que pueda haber otro aplazamiento. || En dicha audiencia podrá establecerse un pacto de cumplimiento a iniciativa del juez en el que se determine la forma de protección de los derechos e intereses colectivos y el restablecimiento de las cosas a su estado anterior, de ser posible. || El pacto de cumplimiento así celebrado será revisado por el juez en un plazo de cinco (5) días, contados a partir de su celebración. Si observare vicios de ilegalidad en alguno de los contenidos del proyecto de pacto, éstos serán corregidos por el juez con el consentimiento de las partes interesadas. || La audiencia se considerará fallida en los siguientes eventos: || a) Cuando no compareciere la totalidad de las partes interesadas; || b) Cuando no se formule proyecto de pacto de cumplimiento; || c) Cuando las partes no consientan en las correcciones que el juez proponga al proyecto de pacto de cumplimiento. || En estos eventos el juez ordenará la práctica de pruebas, sin perjuicio de las acciones que procedieren contra los funcionarios públicos ausentes en el evento contemplado en el literal a). || La aprobación del pacto de cumplimiento se surtirá mediante sentencia, cuya parte resolutive será publicada en un diario de amplia circulación nacional a costa de las partes involucradas. || El juez conservará la competencia para su ejecución y podrá designar a una persona natural o jurídica como auditor que vigile y asegure el cumplimiento de la fórmula de solución del conflicto."

- La barrera económica impuesta por el pago compartido de la publicación del pacto de cumplimiento.

En consecuencia, decidió la Corte:

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

En la misma sentencia, la Corte excluyó del ordenamiento jurídico la posibilidad de trasladar al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, los recursos correspondientes a las

indemnizaciones no reclamadas durante el año siguiente a que fueron decretadas por considerar que se trataba de una apropiación del Estado de los recursos de un particular sin justificación alguna: *"(...) en el caso particular de la indemnización decretada en virtud de una acción popular, aquella no se refiere únicamente al resarcimiento por la violación de derechos individuales, sino que se trata de la reparación de los daños causados por la vulneración a derechos e intereses colectivos, es decir en beneficio de toda una comunidad afectada. Además de que constituye una justa sanción a las entidades o personas responsables de tal vulneración.*

No obstante, ello no significa que no haya prescripción alguna para reclamar dicha indemnización. Sin duda, subsiste respecto del reclamo del pago de la indemnización decretada por el juez, la prescripción ordinaria de la acción ejecutiva correspondiente, que no puede sujetarse a un plazo que resulta irrazonable por su brevedad. Todo ello, sin perjuicio que el legislador establezca en un futuro otro plazo que cumpla con los requisitos de razonabilidad y proporcionalidad acordes con el ordenamiento superior." (Artículo 70⁶)

⁶ En la parte resolutive se señaló: Cuarto. "Declarar **EXEQUIBLE** el literal c) del artículo 70 de la Ley 472 de 1998, salvo las expresiones "... o cuando éste no concurriera a reclamarlo dentro del plazo de un (1) año contado a partir de la sentencia" que se declaran **INEXEQUIBLES**". El artículo 70 de la Ley 472 en lo pertinente señala: "Créase el Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, el

Posteriormente, mediante la sentencia C-622 de 2007 (MP Rodrigo Escobar Gil) la Corte nuevamente, reiterando la C-215 de 1999, limitó el alcance de la cosa juzgada en las decisiones de acciones populares por considerar que el carácter difuso de los derechos exigía la posibilidad de que nuevas circunstancias permitieran nuevas decisiones judiciales: “(...)el hecho particular y concreto de que a través de las acciones populares se busque proteger derechos de relevancia social, cuya titularidad es difusa, plantea un verdadero problema de inconstitucionalidad frente al mandato legal que ordena reconocerle efectos erga omnes a todas las sentencias, pues en ciertos casos, extender los efectos de la decisión al público en general, cerrando la posibilidad de promover un nuevo juicio, puede llegar a desconocer los derechos al debido proceso, el acceso a la administración de justicia y la propia efectividad de los derechos colectivos.

En efecto, según se ha expresado, las acciones populares constituyen el medio procesal mediante el cual se busca asegurar una protección judicial, actual y efectiva, de derechos e intereses transindividuales o colectivos de importante trascendencia social, es decir, de derechos e intereses que pertenecen a todos y cada uno de los miembros

cual contará con los siguientes recursos: (...) c) El monto de las indemnizaciones de las Acciones Populares y de Grupo a las cuales hubiere renunciado expresamente el beneficiario”

de una comunidad, como el patrimonio, el espacio público, la seguridad, la salubridad, la moral administrativa, la libre competencia, el equilibrio ecológico y el ambiente, entre otros, y cuya amenaza o violación puede a su vez afectar bienes esenciales del ser humano como la vida, la salud, la integridad y la tranquilidad.”⁷

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

En las acciones de grupo, la intervención de la Corte también ha estado orientada a remover las barreras impuestas por el legislador para la interposición de las acciones, teniendo en cuenta, sin embargo, algunas particularidades y diferencias con las acciones populares: (1) los derechos protegidos mediante este mecanismo no son necesariamente derechos fundamentales, (2) su objeto es indemnizatorio, es decir, la pretensión es de carácter económico, (3) es un mecanismo que persigue economía procesal y celeridad pero que no es excluyente

⁷ Decidió la Corte en esta providencia: “Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 35 de la Ley 472 de 1998, en el entendido que las sentencias que resuelven los procesos de acción popular hacen tránsito a cosa juzgada respecto de las partes y del público en general, salvo cuando surjan con posterioridad a la sentencia desestimatoria, nuevas pruebas trascendentales que pudieran variar la decisión anterior.” Artículo 35, Ley 472 de 1998: “La sentencia tendrá efectos de cosa juzgada respecto de las partes y del público en general.”

con las acciones individuales, (4) se trata, en todo caso, de acciones constitucionales por lo que se puede hablar de *margen de configuración del legislador*..

En la sentencia C-1062 de 2000 (MP Álvaro Tafur Galvis), la intervención de la Corte estuvo orientada a remover barreras de acceso en el ejercicio de las acciones de grupo. En esa oportunidad consideró esa Corporación que el legislador no podía imponer límites a lo que el constituyente no había limitado. Específicamente, la Corte consideró que limitar las acciones de grupo únicamente para la protección de derechos colectivos resultaba contrario a la Constitución teniendo en cuenta las características del mecanismo de protección en el diseño constitucional: *“A juicio de la Corte, el demandante como el Procurador General de la Nación podrían tener razón al estimar que la opción normativa finalmente adoptada en la disposición acusada vulnera la Constitución Política, por exceder los parámetros conferidos en el ordenamiento superior para realizar esa labor, sólo en la medida en que la misma sea interpretada limitativamente, es decir circunscrita única y exclusivamente a la vulneración de derechos e intereses colectivos.*

Lo anterior, toda vez que el propósito conjunto de los afectados de encausar una acción hacia la obtención de la reparación de su interés subjetivo el cual ha resultado lesionado, hace que la acción de

clase o de grupo no admita limitación alguna para su ejercicio, a través de una diferenciación específica de derechos tutelables, como sucede con otros mecanismos constitucionales de protección de derechos, v.gr. la acción de tutela, la acción de cumplimiento, la acción popular, etc.

Así las cosas, al restringirse en el artículo 55 de la Ley 472 de 1998 la categoría de derechos invocables para integrar el grupo y así alcanzar los propósitos perseguidos con las acciones de clase o de grupo, se contradice la Carta Política impidiendo la realización de los fines esenciales del Estado social de derecho que propugnan por la garantía de principios constitucionales como el de la igualdad, la efectividad de los derechos constitucionalmente establecidos para las personas, entre ellos al debido proceso y acceso a la administración de justicia, desconociéndose los valores fundantes de la justicia y de un orden político, económico y social justo (C.P., art. 2o.. Preámbulo y 229).”

Aún así la Corte no excluyó del ordenamiento jurídico la disposición sino que condicionó su constitucionalidad para asegurar que fuera excluida la interpretación de la norma que limitaba los derechos que podían ser invocados por acciones de grupo a los colectivos sin afectar la voluntad democrática: *“(…) en este caso resultan plenamente aplicables los principios hermenéuticos de la conservación*

del derecho⁸ y de la interpretación de la ley conforme con la Constitución⁹, ampliamente desarrollados por esta Corte, según los cuales, a partir del juicio de constitucionalidad de una disposición jurídica no es viable declarar su inexecutable y, en consecuencia, generar el correspondiente retiro del ordenamiento jurídico, cuando la misma admite por lo menos una interpretación ajustada a la Constitución, caso en el cual la Corte deberá emitir una sentencia interpretativa condicionando la ejecución de esa norma a la interpretación que desarrolla el texto constitucional. Con esto "se persigue, esencialmente, salvaguardar, al menos, alguno de los posibles efectos jurídicos de la disposición demandada, de manera tal que se conserve, al máximo, la voluntad del legislador."^{10, 11}

⁸ Consultar, entre muchas otras, las Sentencias C-660A/95, C-070/96 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz), C-100/96 (MP Alejandro Martínez Caballero), C-280/96 (MP Alejandro Martínez Caballero), C-065/97 (MP Jorge Arango Mejía - Alejandro Martínez Caballero), C-320/97 (MP Alejandro Martínez Caballero), C-466/97 (MP Alejandro Martínez Caballero), C-045/98 (MP Jorge Arango Mejía) y C-964/99 (MP Carlos Gaviria Díaz).

⁹ Ver la Sentencia C-070 de 1996 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz)

¹⁰ Sentencia C-499 de 1998 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz).

¹¹ En la parte resolutoria de dicha providencia se señaló: "Declarar **EXEQUIBLES** las expresiones "derivados de la vulneración de derechos e intereses colectivos" contenidas en el artículo 55 de la Ley 472 de 1998 "por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones", en el entendido de que con su interpretación y aplicación no se excluyan los demás derechos subjetivos de origen constitucional o legal, cualquiera que sea su naturaleza, como derechos igualmente amparables por las acciones

También ampliando el alcance y el ámbito de protección de las acciones de grupo, en la sentencia C-569 de 2004 (MP Rodrigo Uprimny Yepes) la Corte excluyó del ordenamiento jurídico dos interpretaciones que, a su juicio, limitaban inconstitucionalmente el alcance de estas acciones. Sin embargo, en este caso, resulta particularmente relevante que la interpretación restrictiva era efectuada por el Consejo de Estado, especialmente la sala tercera, que consideraba que un requisito de procedibilidad de la acción de grupo era la preexistencia del grupo al hecho generador de la responsabilidad. En esa oportunidad, la Corte reconoció que la tesis de la

de clase o de grupo.". Artículo 55, Ley 472 de 1998: "Cuando la demanda se haya originado en daños ocasionados a un número plural de personas por una misma acción u omisión, o por varias acciones u omisiones, derivadas de la vulneración de derechos o intereses colectivos, quienes hubieren sufrido un perjuicio podrán hacerse parte dentro del proceso, antes de la apertura a pruebas, mediante la presentación de un escrito en el cual se indique su nombre, el daño sufrido, el origen del mismo y el deseo de acogerse al fallo y de pertenecer al conjunto de individuos que interpuso la demanda como un mismo grupo. Quien no concurra al proceso, y siempre y cuando su acción no haya prescrito y/o caducado de conformidad con las disposiciones vigentes, podrá acogerse posteriormente, dentro de los veinte (20) días siguientes a la publicación de la sentencia, suministrando la información anterior, pero no podrá invocar daños extraordinarios o excepcionales para obtener una indemnización mayor y tampoco se beneficiará de la condena en costas. || La integración de nuevos miembros al grupo, con posterioridad a la sentencia, no incrementará el monto de la indemnización contenida en ella. || Las acciones individuales relativas a los mismos hechos podrán acumularse a la acción de grupo, a solicitud del interesado. En este evento, el interesado ingresará al grupo, terminará la tramitación de la acción individual y se acogerá a los resultados de la acción de grupo."

preexistencia del grupo acuñada por el Consejo de Estado era razonable y se fundaba en la Ley y reconoció además que se trataba propiamente del derecho viviente pues era una interpretación de la norma que había sido aplicada en múltiples oportunidades.

Ahora bien, en cuanto a la constitucionalidad del requisito, con base en un juicio de adecuación, concluyó la Corte: *“(…) la preexistencia del grupo como requisito de procedibilidad de la acción de grupo constituye una intervención desproporcionada del legislador en el régimen de las acciones de grupo, y en el derecho de acceso a la justicia, por las siguientes razones: en primer lugar, porque no es posible verificar una adecuación entre su inclusión en los artículos 3 y 46 de la ley 472 de 1998 (medio) y la pretendida reserva de las acciones de grupo para la protección de grupos de especial entidad, o para la indemnización de daños de importantes repercusiones sociales (fin constitucional); y en segundo lugar, porque su inclusión no era necesaria para la conseguir dichos fines constitucionales, ya que existían otros medios, como diseñar e incluir otros requisitos de procedibilidad, que permitieran satisfacer en mayor medida y con menor desmedro del régimen constitucional de las acciones de grupo, la finalidad constitucional perseguida.”*¹²

¹² Decidió la Corte retirar el ordenamiento jurídico los aparatos normativos que daban fundamento a la tesis de la preexistencia del grupo: **“Segundo.-**

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

En relación con la presentación de la demanda la Corte reiteró lo señalado en la sentencia C-898 de 2005 en la que, aplicando nuevamente la tesis del derecho viviente, recogió la interpretación que el Consejo de Estado venía haciendo de la exigencia de conformar un grupo de 20 para señalar que este grupo no se requería para la presentación de la

Declarar **EXEQUIBLE** la expresión *“Son aquellas acciones interpuestas por un número plural de personas o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales a dichas personas”* contenida en el inciso primero del artículo 3º de la Ley 472 de 1998 e **INEXEQUIBLE** la expresión *“Las condiciones uniformes deben tener también lugar respecto de todos los elementos que configuran la responsabilidad”* contenida en ese mismo inciso. || **Tercero.-** Declarar **EXEQUIBLE** la expresión *“Las acciones de grupo son aquellas acciones interpuestas por un número plural o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas”* contenida en el inciso primero del artículo 46 de la Ley 472 de 1998 e **INEXEQUIBLE** la expresión *“Las condiciones uniformes deben tener también lugar respecto de los elementos que configuran la responsabilidad”* contenida en ese mismo inciso. ”

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

Al analizar la conformación de un grupo de 20 personas como requisito para admitir la demanda, la Corte consideró que el mismo resultaba constitucional ya que las acciones de grupo habían sido establecidas para que un grupo amplio de personas se beneficiara procesalmente en la obtención de la reparación: *“(...)la determinación de un grupo de veinte*

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

Conforme con el propósito perseguido por el Constituyente, la facultad expresa otorgada por el artículo 88 de la Carta al legislador, para regular “las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas”, no puede interpretarse en el sentido de que la norma le impone al legislador una restricción para desarrollar lo referente a la noción del “grupo”, sobre la base de que el mismo debe conformarse a partir del daño ocasionado a más de dos individuos. Por el contrario, en la medida en que el interés protegido por la acción de grupo está determinado por un daño individual pero que debe causarse a un número importante de sujetos, la

expresión “a un número plural de personas”, utilizada por la norma Superior citada, permite una interpretación amplia de la noción del “grupo”. Por ello, la exigencia de un mínimo de veinte personas para darle trámite a la acción de grupo es una medida que se inscribe en el ámbito de la facultad de configuración normativa reconocida por la disposición citada y, además, la misma es razonable en cuanto es consecuente con el interés jurídico que se busca proteger a través de dicha acción: los derechos homogéneos de un grupo amplio de personas.”

Con todo, teniendo en cuenta que la disposición normativa demandada no especificaba a cuál de estos dos momentos procesales se refería la Corte condicionó la exequibilidad de la disposición demandada a que la restricción se aplicara únicamente al momento de la admisión de la demanda (artículo 46¹³)

Se tiene entonces que la jurisprudencia de la Corte Constitucional también ha estado orientada a remover barreras de acceso, particularmente en el aspecto de la procedibilidad de la acción, en cuanto al tipo de derechos susceptibles de ser

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

¹³ Decidió la Corte en dicha providencia: “Declarar **EXEQUIBLE** el inciso tercero del artículo 46 de la Ley 472 de 1998, en el entendido de que para la legitimación activa en las acciones de grupo no se requiere conformar un número de veinte personas que instauren la demanda, pues basta que un miembro del grupo que actúe a su nombre señale en ella los criterios que permitan establecer la identificación del grupo afectado.”

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

La segunda sección del análisis de la Corporación busca identificar algunos casos relevantes de alto impacto en la vida cotidiana de los colombianos con base en la construcción de categorías analíticas acerca del impacto de las acciones populares.

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

Se han identificado diversos niveles de impacto:

- Impacto difuso: la violación de los derechos colectivos y las medidas para conjurar su vulneración tienen un impacto difuso. Beneficia a los ciudadanos colectivamente y de manera indeterminada sin que un grupo específico reciba un impacto directo. (recobros al fesyga)
- Impacto determinable: la violación de los derechos colectivos y las medidas para conjurarla afectan a un grupo de

personas determinable, aunque, en principio no se encuentre determinado por razones espaciales o geográficas. (cobertura universal)

- Impacto concentrado: la violación de los derechos colectivos y las medidas para conjurarla afectan a un grupo de personas determinadas y claramente identificables, a quienes la protección del derecho les transforma la cotidianidad de manera inmediata. (basureros y humedales)
- Impacto sobre la planeación en la administración: se trata de decisiones que se caracterizan sobre todo por el profundo impacto que tienen sobre las políticas públicas en determinadas materias, creando obligaciones financieras, de ejecución, de planeación, de apropiación, de contratación, etc. (río Bogotá)

2.1. Impacto amplio y difuso.

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

La tutela, bajo los lineamientos definidos por la Corte Constitucional, ha sido un instrumento clave, entre otros, en la efectividad del goce efectivo del derecho a la salud. Para

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

En la práctica, la consecuencia de las órdenes de tutela por parte de los jueces de tutela para las EPS es su obligación de prestar los servicios ordenados inmediatamente a los usuarios. Estos servicios a los que se obligan las EPS mediante acciones de tutela se encuentran por fuera de el riesgo asegurado (por fuera del POS o sin cumplir con sus condiciones) e implica un gasto para

las entidades no asegurado. Este gasto, por encontrarse fuera del riesgo cubierto por el seguro no le corresponde asumirlo a la aseguradora. Por esta razón la Corte Constitucional reconoció desde la SU-480 de 1997 el derecho a recobrar al Fosyga las sumas de dinero que no estaban legal ni reglamentariamente obligadas a asumir las aseguradoras por servicios ordenados en fallos de tutela.

En la práctica el funcionamiento de la fórmula inventada por la Corte Constitucional ha tenido múltiples problemas. El gobierno se encargó de regular el procedimiento de recobro¹⁴, el cual, en la se demora en términos reales entre 9 y 12 meses para que el reembolso sea efectivo.

El problema parecería ser únicamente financiero y parecería también afectar únicamente los intereses de las EPS, del sector asegurador privado. Sin embargo, las dimensiones del problema del recobro en el país convirtieron este asunto en uno que amenaza con descapitalizar el sector privado del aseguramiento de salud en Colombia, o algo que parece superfluo pero que es igual de grave, convertir el de la salud en un negocio poco atractivo, inseguro, que obligue a reinvertir en otras actividades aseguradoras, como hoy está pasando.

¹⁴ El procedimiento para efectuar el recobro fue regulado inicialmente por la Resolución 3797 de 2004 derogada por la Resolución 2933 de 2006, que los regula actualmente.

Este castigo al patrimonio está amenazando la supervivencia de la participación del sector privado en la provisión de servicios de salud dentro del SGSSS. En el corto plazo ésta situación también afecta la prestación del servicio de salud a los usuarios ya que restringe la capacidad de las EPS de invertir en mejorar el servicio. En el largo plazo amenaza con la salida de las EPS privadas del sistema.

Si bien desde la Corte Constitucional se hizo un esfuerzo por hacer perentorios y reducidos los tiempos del recobro y durante un tiempo esta fórmula fue adoptada por todas las salas de la Corte¹⁵, actualmente, sólo una sala conserva esta fórmula y la mayoría de despachos utilizan la fórmula genérica de ordenar el recobro sin plazos perentorios. Incluso hay una Sala que no ordena el recobro en las sentencias de tutela bajo el argumento de que es un tema que debe ventilarse en otros espacios. Este escenario es desalentador si se tiene en cuenta que según la regulación es requisito que la parte resolutive autorice el recobro. Aunque para algunos las entidades promotoras de salud son la parte fuerte de la relación y no necesitan que los defiendan, asegurar

¹⁵ La fórmula que incluye plazos es: "Reconocer que la EPS tiene derecho a repetir contra el Estado, a través del FOSYGA, para recuperar todos los gastos en los que incurra y que legalmente no le corresponda asumir, de acuerdo con la parte motiva de esta providencia. El FOSYGA dispondrá de quince (15) días para reconocer lo debido o indicar la fecha máxima en la cual lo hará, fecha que no podrá exceder de seis (6) meses una vez presentada la solicitud para el pago por la EPS."

el flujo de los recursos en el sistema es asegurar el funcionamiento del sistema en el largo plazo y la prestación de más y mejores servicios.

Una sentencia del Consejo de Estado proferida dentro de una acción popular fue el primer avance serio en la garantía del flujo de recursos en el sistema de salud desde el sistema judicial. Esta fue proferida el 21 de febrero de 2007 por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, con ponencia del Magistrado Enrique Gil Botero.

El asunto bajo estudio era si, el retraso en el reembolso de las sumas de dinero gastadas por las EPS en la prestación de los servicios de salud por parte del Fosyga, afectaba la moralidad administrativa, la defensa del patrimonio público, la seguridad y salubridad públicas y al acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública así como al acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna¹⁶

El Consejo de Estado consideró que:

"() para la Sala el retardo mismo en tramitar los reclamos y pagar las cuentas, no así lo requisitos exigidos para admitirlas, afecta la moralidad administrativa, porque la

¹⁶ El Consejo de Estado también revisó si la resolución que regulaba el procedimiento de recobro ante el Fosyga debía ser anulada por vulnerar los mismos derechos. Esta pretensión fue descartada por carecer esa entidad de competencia para anular actos administrativos y por existir una acción especial para agotar ese procedimiento.

desarticulación de este componente de la seguridad social atenta contra los principios y valores que inspiran la prestación del servicio, como los de eficacia, universalidad y unidad, definidos en el art. 2 de la ley 100 de 1993, en los siguientes términos:

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

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

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

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

Esta decisión se adopta no obstante que el Estado ha tomado medidas

para tratar de superar los problemas analizados, pero es claro que no han sido suficientes ni óptimas para resolver todas las dificultades.

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

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

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

En este sentido, si bien el retardo no atenta contra la moralidad administrativa, según se dijo en el numeral anterior, sin duda sí se amenaza y pone en peligro el acceso al servicio de salud, a la

seguridad y salubridad pública, y sobre todo, a que su prestación sea eficiente y oportuna, pues no es igual que las EPS cuenten, puntualmente, con los recursos que han invertido en los pacientes financiados por el FOSYGA, a que el dinero tarde hasta un año o dos en recuperarse. Este hecho estimula la ineficiencia del servicio de salud, sobre todo porque las empresas que actualmente prestan servicios públicos, han entrado en la lógica de que la eficiencia financiera y la utilidad forman parte de los principios gerenciales con los cuales opera el sistema completo

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

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

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

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

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

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

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

Direcciones Seccionales de Salud de cada departamento, designado entre ellos.”

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

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

No es posible identificar un segmento de población específico que pueda decirse afectado con esta decisión, es un efecto propiamente colectivo o difuso teniendo en cuenta que la pertenencia, la calidad de la partencia y muchas otras variables son coyunturales en salud. Nadie específicamente se beneficia que el

sistema de salud tenga un buen flujo de sus recursos, se benefician todos, incluso los que no pertenecen a él pero eventualmente lo harán.

Recientemente, la Corte Constitucional respaldó la decisión del Consejo de Estado en la sentencia T-760 de 2008 (MP Manual José Cepeda Espinosa), en la cual, entre otras decisiones la Corte ordenó elaborar un plan de contingencia para pagar los recobros atrasados y tramitar las solicitudes atrasadas. En la parte motiva la Corte respaldó la actuación del Consejo de Estado y, desde la perspectiva de los derechos fundamentales individuales, reconoció que efectivamente la afectación del flujo de los recursos en el sistema de salud afecta el derecho a la salud¹⁷.

¹⁷ “**Vigésimo sexto.- Ordenar** al Ministerio de la Protección Social y al Administrador fiduciario del Fosyga que, si aún no lo han hecho, diseñen un plan de contingencia para (1) adelantar el trámite de las solicitudes de recobro que están atrasadas y (2) agilizar los pagos de las solicitudes de recobro en las que se verificó el cumplimiento de los requisitos de las resoluciones vigentes, pero que aún no han sido pagadas, de acuerdo con lo señalado en esta providencia. Este plan deberá contener al menos: (i) metas específicas para el cumplimiento de la presente orden, (ii) un cronograma para el cumplimiento de las metas y (iii) las acciones que se llevarán a cabo para el cumplimiento de las metas, especificando en cada caso el funcionario responsable de su cumplimiento. | | El Plan deberá ser presentado, antes del 15 de noviembre de 2008 ante el Comité de Verificación creado por el Consejo de Estado y ante la Corte Constitucional y deberá ser ejecutado en su totalidad antes de marzo 15 de 2009. En caso de que en esta fecha (15 de marzo de 2009) no se haya efectuado el reembolso de al menos el 50% de las solicitudes de recobro que están atrasadas en el trámite a 31 de septiembre de 2008, independiente de las glosas que tengan, operará un mecanismo de compensación general para dicho 50%. El 50%

2.2. Segmento de población identificable pero difusa.

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

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

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

En consecuencia, declarar que los recursos de la subcuenta de

restante deberá haber sido cancelado en su totalidad antes del primero (1º) de julio de 2009. En caso de que posteriormente se verifique que el Fosyga no estaba obligado a realizar determinados reembolsos, deberá adoptar las medidas para compensar esos recursos, con la correspondiente EPS. || El Ministerio de Protección Social y el administrador del Fosyga, presentarán un informe sobre la ejecución del Plan de Contingencia cada dos meses al Comité de Verificación.”

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

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

Integrar un Comité de Verificación y Seguimiento en el que participe la Superintendencia Nacional de Salud, la Contraloría General de la República y la Procuraduría General de la Nación a través de la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública, con el fin de verificar la expedición del Acuerdo por el cual se establezcan las condiciones de ejecución de los excedentes financieros de la subcuenta de solidaridad del Fosyga, su efectiva ejecución mediante informes bimensuales, así como el cumplimiento de las metas de universalidad planteadas en las proyecciones establecidas en el Oficio de fecha 30 de noviembre de 2006 y en el Plan Nacional de Desarrollo."

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

También en el Congreso el plazo para el cumplimiento de la cobertura universal fue replanteado y en la Ley 1122 de 2007, en la que el artículo 9 señaló un nuevo plazo: *"El Sistema General de Seguridad Social en Salud alcanzará en los próximos tres años, la cobertura universal de aseguramiento en los niveles I, II y III*

del Sisbén de las personas que cumplan con los requisitos para la afiliación al Sistema".

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

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

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

En las dos decisiones en el tema de salud el activismo judicial del Consejo de Estado en la Protección de los

derechos colectivos ha permitido avanzar en aspectos en los que los afectados habrían tenido, y de hecho tuvieron, muy poca capacidad de organizarse para reclamar la protección de sus derechos frente a otros grupos específicos con gran capacidad organizativa.

2.3. Efectos concentrados.

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

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

Entre otros, en la sentencia de 31 de mayo de 2007, el Consejo de Estado con ponencia de Martha Sofía Sanz Tobón protegió los derechos

colectivos de los habitantes del Municipio de San Antonio Tolima que resultaban vulnerados, según el alto tribunal, por la ausencia de un basurero con los requisitos reglamentarios, aún cuando en el hospital no se hubieran constatado casos de afectación a la salud por la presencia del basurero.

En la sentencia de febrero 2 de 2006 el Consejo de Estado, con ponencia de Rafael E. Ostau de Lafont Planeta, protegió los derechos colectivos de los habitantes del Municipio de Pueblo Bello, Cesar, por considerar que estos se vulneraban por la ausencia de un botadero de basuras que cumpliera las condiciones reglamentarias.

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

2.4. Efectos sobre las políticas públicas.

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

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

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

el control de los vertimientos de las aguas residuales a la Nación (...)”

Con base en el amparo de los derechos al ambiente sano, salubridad pública y eficiente prestación de los servicios públicos, en el numeral tercero se ordeno volver al estado anterior la situación, es decir, descontaminar el río Bogotá. Para cumplir con esta orden macro de descontaminar el río Bogotá se definieron 26 directrices con autoridades responsables y tareas específicas y medibles, adicionalmente indicó obras específicas de infraestructura que deberían adelantarse por las diferentes autoridades y específico los recursos a cargo de los cuales estas deberían desarrollarse.

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

Los fallos en procesos de acciones populares han sido poco estudiados. La atención de la academia y la opinión pública en el campo de las acciones constitucionales se ha

concentrado en las decisiones de tutela y constitucionalidad adoptadas por la Corte Constitucional. Sin embargo, diferentes autoridades contencioso administrativas han proferido sentencias en procesos de acciones populares iguales o más importantes que las de la misma Corte Constitucional, con efectos económicos, ordenando la adopción de políticas públicas, endureciendo las normas de protección de derechos sociales.

Estas decisiones, tanto como la tutela, han cambiado la vida de los colombianos en diferentes niveles. Queda pendiente la tarea de profundizar, sistematizar y avanzar en esta investigación

3. Acción popular y sobreposición de acciones.

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

Dos son las perspectivas que permiten entender el traslape entre las acciones populares y las demás acciones constitucionales: una que

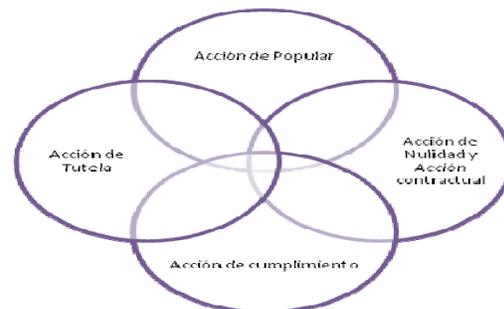
podríamos denominar "conceptual", en la medida en que se refiere a la definición del contenido de los derechos colectivos y, en segundo lugar, una perspectiva legal, en la medida en que está relacionada con las características propias de la Ley 472 de 1998:

Perspectiva conceptual.

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

Perspectiva legal

Esta mirada parte del reconocimiento de las dificultades que la misma Ley 472 de 1998 ha



traído al uso y aplicación de las acciones populares¹⁸, al considerar que ésta regulación no se formuló en armonía con las demás acciones constitucionales y legales existentes, además de resultar en algunos casos vaga e incompleta y de contener otro tipo de problemas internos que impiden su comprensión. En este sentido, diversas propuestas han sido realizadas con el ánimo de reformar la regulación adoptada en la Ley 472 de 1998, pero hasta la fecha ninguna reforma estructural a las acciones populares ha sido exitosa.

Así, en materia de competencia, existen problemas específicos derivados bien de la indeterminación

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

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

Acción popular y acción de tutela: un traslape necesario.

Son diversas las sentencias de tutela que han establecido los criterios que permiten en casos particulares la solución de lo que pareciera ser un conflicto de carácter colectivo a través de la acción de tutela. Como

¹⁸ El Consejero de Estado Alier Eduardo Enríquez se ha referido a dicha Ley indicando que "una regulación legal oscura, confusa y, en ocasiones, contradictoria de las nuevas acciones ha sido determinante en la ausencia de claridad y coherencia en la solución de los casos concretos que, en número creciente, se resuelven en los estrados judiciales". *La presunción de legalidad de los actos administrativos y de validez de los contratos estatales en las acciones populares*. En: Revista del Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado. Número 12, 2002. Citado por HENAO, Juan Carlos. En: Gacetilla de acciones populares y de grupo. *La peculiaridad del sistema colombiano en la protección de los derechos colectivos*. Defensoría del Pueblo, 2003. Pág 24. Por otra parte, desde la doctrina, el profesor Javier Tamayo confiesa que: "Terminado el original de este trabajo, dudé seriamente sobre la conveniencia de su publicación, pues las encrucijadas en que mete la Ley 472 a su intérprete, hacen imposible la propuesta de soluciones más o menos coherentes que tengan apoyo en doctrinas o en legislaciones similares. No hay en dicha Ley una sola norma carente de conflictos y vacíos (...) Así de confusa es la Ley de acciones populares y de grupo". TAMAYO JARAMILLO, Javier. *Las acciones populares y de grupo en la responsabilidad civil*. Editor Raisbeck, Lara, Rodríguez & Rueda (Baker y McKenzie). Bogotá 2001. "Advertencia al lector" (al inicio sin página).

se explica a continuación esta solución de conflictos que involucran intereses y derechos colectivos a través de la tutela es sólo aparente, pues éstos sólo se protegen por conexidad a través de esta acción cuando un derecho fundamental se ve amenazado.

La acción popular ha sido consagrada en la Constitución Nacional y en la ley como el mecanismo idóneo para la protección y garantía de los derechos e intereses colectivos¹⁹, la acción de tutela, en cambio, es la vía judicial expedita para la protección de los derechos constitucionales fundamentales. Ambas son acciones de rango constitucional que tienen un área específica de acción y tienen señalados legalmente los aspectos propios de su competencia. Sin embargo existen casos en los que la transgresión de un derecho colectivo implica además la vulneración o amenaza de un derecho fundamental²⁰, esto es, además de la violación de los intereses estrictamente colectivos, se comprometen o se ponen en peligro, por las mismas causas, derechos constitucionales fundamentales de

las personas, dando lugar a la procedencia de la acción de tutela para hacerlos efectivos, generando un traslape de acciones.

La Jurisprudencia Constitucional ha establecido los criterios para que proceda la acción de tutela en aras de solucionar un conflicto de carácter colectivo, y así proteger tanto los derechos fundamentales, como los colectivos cuando estos confluyen en un mismo caso. Como se verá, se trata de los requisitos propios para que proceda la acción de tutela, aun cuando no estén involucrados derechos colectivos, es decir, para todos los casos.

Existencia de un perjuicio irremediable: un perjuicio es irremediable cuando es inminente, cuando las medidas para corregirlo deben ser urgentes, cuando el daño es grave y su protección impostergable²¹. En el estudio que nos ocupa, ese perjuicio debe ser sobre un derecho de naturaleza fundamental causado por la violación o amenaza de un derecho colectivo, por lo tanto se permite que se acuda a la acción de tutela como mecanismo transitorio de defensa judicial²² si se logra probar un

¹⁹ Tales como: el espacio público, la seguridad, la salubridad, el medio ambiente la moralidad administrativa, el patrimonio público, entre otros.

²⁰ A manera de ejemplo, en la sentencia T-453 de 1998 (MP Alejandro Martínez Caballero), se protegió el derecho al medio ambiente sano en conexidad con los derechos a la vida digna y a la integridad personal, como consecuencia de las graves condiciones de salud en que se encontraban niños y adultos del Municipio de Ricaurte, a raíz de la falta de preservación y cuidado del botadero de basura de ese municipio.

²¹ Corte Constitucional, SU- 713 de 2006 (MP Rodrigo Escobar Gil).

²² La situación fáctica que legitima la acción de tutela por la existencia de un perjuicio irremediable, supone la necesidad de conferir un amparo transitorio, o en otras palabras, de adoptar una medida precautelativa, para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se invoquen como vulnerados. De suerte que, la prueba de su configuración debe recaer necesariamente sobre el posible daño o menoscabo que sufriría el derecho fundamental

perjuicio irremediable. La ley establece que cuando se trata de evitar un perjuicio irremediable, la tutela procede así se cuente con otros recursos o medios de defensa judicial, de lo contrario será improcedente.

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

Cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un daño irreparable, la acción de tutela también podrá ejercerse conjuntamente con la acción de nulidad y de las demás procedentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En estos casos, el juez si lo estima procedente podrá ordenar que no se aplique el acto particular respecto de la situación jurídica concreta cuya protección se solicita, mientras dure el proceso²³.

Como lo que genera el perjuicio sobre el derecho fundamental es la violación del derecho colectivo, las medidas que se adoptan para evitar,

objeto de protección. Sentencia SU-713 de 2006 (MP Rodrigo Escobar Gil).

²³ Artículo 8 decreto 2591 de 1991.

disminuir o corregir el daño, deben ser encaminadas a resarcir tanto lo que está generando la violación del derecho colectivo, causante del menoscabo, como las medidas para restablecer los derechos fundamentales al estado en el que se encontraban antes de la ocurrencia de la violación. Es así, como se genera una sobreposición de acciones porque se está resolviendo mediante la acción de tutela el contenido propio de la acción popular.

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

Existe conexidad cuando se presenta un nexo causal o vínculo directo entre la vulneración o amenaza del derecho fundamental y el daño causado al derecho o interés colectivo. Se debe determinar directamente que la lesión o amenaza del derecho fundamental es producto de la perturbación de los derechos colectivos, en palabras de la Corte Constitucional: "(...) deberá

acreditarse el nexo causal existente entre el motivo alegado como causante del daño colectivo y el perjuicio o amenaza individual que el peticionario dice afrontar”²⁴.

Así, por ejemplo, en la sentencia T-1527 de 2000 (MP Alfredo Beltrán Sierra) se manifestó que: “(...) a pesar de que el derecho al ambiente sano no tiene el carácter de derecho fundamental en nuestra carta, sino que es un derecho colectivo susceptible de ser protegido mediante las acciones populares, (artículo 88 C.P.) procede su protección a través del mecanismo excepcional de la acción de tutela, cuando en razón de la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular se amenacen o vulneren derechos fundamentales, como la vida, la salud, la integridad física, o se afecte el derecho que tienen todas las personas de gozar de un ambiente sano. Es decir, es un derecho fundamental por conexidad”

Agregó que: “Para que la tutela proceda y prevalezca en caso de afectación de un interés colectivo, es necesario (i) que exista conexidad entre la vulneración de un derecho colectivo y la violación o amenaza a un derecho fundamental, de tal suerte que el daño o la amenaza del derecho fundamental sea “consecuencia inmediata y directa de la perturbación del derecho colectivo”. Además, (ii) el peticionario

debe ser la persona directa o realmente afectada en su derecho fundamental, pues la acción de tutela es de naturaleza subjetiva; (iii) la vulneración o la amenaza del derecho fundamental no deben ser hipotéticas sino que deben aparecer expresamente probadas en el expediente. Y (iv) finalmente, la orden judicial debe buscar el restablecimiento del derecho fundamental afectado, y “no del derecho colectivo en sí mismo considerado, pese a que con su decisión resulte protegido, igualmente, un derecho de esta naturaleza.”²⁵

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

²⁵ Cfr. entre otras, las sentencias SU-1116 de 200 (MP Eduardo Montealegre Lynett) 1. En este sentido ha dicho la Corte “De la misma manera y en aras de los principios que sustentan nuestro ordenamiento jurídico, podrá en ciertos casos tutelarse los derechos fundamentales de las demás personas que, no habiendo instaurado la acción, son víctimas de las mismas circunstancias del demandante, al cual se le ha reconocido mediante fallo de tutela la protección de sus derechos fundamentales vulnerados en conexidad con la afectación de un derecho colectivo. Sentencia T-576 de 2005 (MP Humberto Antonio Sierra Porto)

²⁴ Sentencia T-539 de 1993 (MP José Gregorio Hernández Galindo)

"Esta breve referencia muestra que en principio la Ley 472 de 1998 es un instrumento idóneo y eficaz para enfrentar las vulneraciones o amenazas a los derechos colectivos.(...). En tales circunstancias, la entrada en vigor de una regulación completa y eficaz sobre acciones populares implica que, fuera de los cuatro requisitos señalados (...), para que la tutela proceda en caso de afectación de un derecho colectivo, es además necesario, teniendo en cuenta el carácter subsidiario y residual de la tutela (CP art. 86), que en el expediente aparezca claro que la acción popular no es idónea, en concreto, para amparar específicamente el derecho fundamental vulnerado en conexidad con el derecho colectivo, por ejemplo porque sea necesaria una orden judicial individual en relación con el peticionario. En efecto, en determinados casos puede suceder que la acción popular resulta adecuada para enfrentar la afectación del derecho colectivo vulnerado, pero ella no es suficiente para amparar el derecho fundamental que ha sido afectado en conexidad con el interés colectivo. En tal evento, la tutela es procedente de manera directa, por cuanto la acción popular no resulta idónea para proteger el derecho fundamental. Pero si

no existen razones para suponer que la acción popular sea inadecuada, entonces la tutela no es procedente, salvo que el actor recurra a ella "como mecanismo transitorio, mientras la jurisdicción competente resuelve la acción popular en curso y cuando ello resulte indispensable para la protección de un derecho fundamental."²⁶

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

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

²⁶ En el mismo sentido: Sentencia SU- 257 de 1997 (MP José Gregorio Hernández Galindo), T- 576 de 2005 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), SU-1116 de 2001 (MP Eduardo Montealegre Lynett).

*ejercicio de las acciones populares.*²⁷

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

Acción popular y acciones contenciosas: los conflictos de competencia.

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

Desde el análisis del derecho constitucional y del derecho administrativo, se ha identificado como resultado común de la ambigüedad normativa y

conceptual el traslape de acciones contenciosas y la acción popular o, más bien, la utilización de ésta en detrimento de las primeras. Esto, especialmente en materia de nulidad de actos administrativos y de las acciones de orden contractual.

En esta materia, el problema radica en que la competencia del juez de la acción popular cuando la vulneración de un derecho colectivo proviene de un acto administrativo o un contrato estatal, debe extenderse a la posibilidad de anulación de aquellos actos, pues mientras el acto administrativo esté vigente el juez popular no puede pronunciarse²⁸. En materia de acciones contenciosas el problema a estudiar se centra en que las acciones populares, como indica el profesor Martín Bermúdez²⁹, se han convertido en acciones de control

²⁸ Explica Martín Bermúdez que "En un caso, por ejemplo, la entidad estatal contratante considera que el contratista incumplió gravemente el contrato y en consecuencia declara la caducidad del mismo. A su vez el contratista estima que fue la entidad contratante la que incumplió y por ende demanda para que le pague los perjuicios. En esta situación el contratista debe hacer una petición previa: que se declare la nulidad del acto administrativo de caducidad. Si no lo hace, el juez preferirá una sentencia inhibitoria, porque no puede desconocer un acto administrativo de caducidad en el cual se establece que quien incumplió fue el contratista. Un juez no puede pronunciarse en contra de lo que disponen esos actos administrativos contractuales. Por eso el demandante está obligado a pedir primero que se anule el acto y luego de que se anule el juez puede decir en la sentencia que quien incumplió ese contrato fue la entidad contratante y no el contratista". En: "Memorias del Seminario Tendencias Doctrinarias de las Acciones Constitucionales y la Responsabilidad Contractual". Bermúdez, Martín. Acción popular y nulidad de actos administrativos. Corporación Excelencia en la Justicia. Ibagué 2006. Pág. 10 -11.

²⁹ *Ibidem*. Pág. 10

²⁷ T-437 de 1993 (MP José Gregorio Hernández Galindo).

de legalidad. Consecuentemente, dentro de este tema, deberá estudiarse la tensión existente entre la protección de los derechos colectivos en cada caso concreto, frente a la protección de los derechos de los beneficiados por los actos administrativos y contratos estatales que se pretenden anular. Así, como se indicó más arriba, se observarán a continuación las diferentes corrientes que dentro del Consejo de Estado han tratado de solucionar este problema, definiendo en diversas etapas posiciones extremas e intermedias que buscan la definición concreta del ámbito de aplicación de cada acción.

La jurisprudencia del Consejo de Estado en esta materia no ha sido uniforme. De hecho, como lo explica este mismo Tribunal: *“La interpretación de las distintas secciones del Consejo de Estado sobre el alcance de las competencias del juez popular en punto de anulación de actos administrativos no ha sido uniforme, y sus diversos criterios pueden agruparse en dos grandes líneas jurisprudenciales. Una primera postura del Consejo de Estado, que podría calificarse de “restrictiva”, niega las atribuciones del juez popular para anular actos administrativos, sobre la base de la presunción de legalidad de los mismos y de la existencia de otros medios judiciales (contenciosos objetivo y subjetivo) creados justamente para enervar dicha presunción ante la jurisdicción contenciosa, o lo que es igual, la acción popular no está establecida*

para definir la legalidad de actos administrativos, en tanto no se pueden controvertir por cuanto pueden ser atacados mediante acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, a través de las cuales los interesados pueden alegar y demostrar que con la expedición de los actos impugnados la administración violó normas de orden superior a las que debía sujetarse. En contraste, una segunda tendencia jurisprudencial, que podría denominarse “amplia”, encuentra que el juez de la acción popular está dotado de competencia para anular el acto administrativo, cuando quiera que éste viole un derecho colectivo, o lo que es igual, permite atacar el acto administrativo mediante acciones populares, logrando incluso su nulidad, aunque no siempre se haya expuesto explícitamente”³⁰.

Sólo en la línea amplia o no restrictiva se adopta una concepción extensa de los derechos colectivos. Como se ha visto, la acción de tutela no se sobrepone a la acción popular, lo que sucede, por el contrario, es que ésta procede cuando a pesar de verse involucrados derechos colectivos están en juego al mismo tiempo derechos fundamentales que, por sus características específicas, deben ser protegidos de forma

³⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá, D.C., seis (6) de octubre de dos mil cinco (2005). Radicación número: 13001-23-31-000-2002-00135-01(AP). Actor: Personería distrital de Cartagena de indias. demandado: distrito turístico y cultural de Cartagena de indias.

inmediata y prioritaria, máxime cuando su vulneración potencial o afectación efectiva se produce en conjunto con la vulneración de derechos colectivos o como resultado de ella. De igual manera la acción de nulidad y las acciones populares tienen un ámbito de aplicación plenamente diferenciado que, a pesar de ello, pueden coincidir en casos concretos. La acción popular tampoco se “impone” sobre la acción de nulidad o la acción contractual, pues ésta tiene, como se dijo, un ámbito de aplicación diferente. Lo que sucede es que cuando la vulneración de los derechos colectivos proviene de un acto administrativo o de un contrato estatal, resulta necesaria la anulación de éstos para que el juez de la acción popular pueda decidir el caso. Por ello, en esos casos especiales y específicos, debe el mismo juez popular decidir sobre la validez de esos actos, pero bajo unas condiciones y restricciones específicas.

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

Constitucional³¹ como la de esta Corporación³² han determinado que si bien por la vía de la acción popular no es posible ventilar controversias de tipo contractual que tienen bien definidas vías procesales que les corresponden, si resulta viable que cuando se acuse la vulneración a amenaza de un derecho colectivo el juez de la acción popular examine la legalidad de un contrato estatal, así como de los tractos de su ejecución. Según jurisprudencia de la Sala nada impide, que una decisión judicial, tenga el alcance de declarar fuera del mundo jurídico una estipulación o un contrato si estos constituyen la causa de la afectación de los derechos colectivos”³³.

En el mismo sentido se ha pronunciado la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencias más recientes: “Vale la pena recalcar que si bien la acción popular procede frente a contratos estatales, bien por su celebración (vgr. porque están incursos en una causal de nulidad absoluta) o por su ejecución, inejecución o mala o defectuosa ejecución, queda siempre a cargo del actor la prueba de la ilegalidad - de una parte- y de la amenaza o vulneración del derecho colectivo - de otra-, pues sólo de la

³¹ Corte Constitucional Sentencia C-088 de 2000 (MP Fabio Morón Díaz)

³² Consejo de Estado; Sección Tercera, Sentencia de 31 de octubre de 2002, AP 518; Sentencia de 26 de septiembre de 2002, AP- 612.

³³ Consejero ponente: Filemon Jiménez Ochoa. Bogotá, D. C., veinticuatro (24) de junio de dos mil cuatro (2004). Radicación número: 50001-23-31-000-2002-0819-01 (AP). Actor: Iván Villanueva Mendoza y otros. Demandado: Concesión Túnel Aburrá - oriente SA y otro.

conurrencia de las dos surge la procedencia de esta acción constitucional. Esto es así, porque la acción popular no se estableció a manera de reemplazo de la acción contractual, de modo tal que toda controversia contractual pudiera trasladarse a ella y tramitarse y decidirse por el procedimiento especial. La razón de ser de la acción constitucional es la protección de derechos o intereses colectivos, cuya amenaza o vulneración han de aparecer claramente probadas en el proceso. Ahora bien, como la actividad contractual del Estado bien puede servir de mecanismo de expresión de la función administrativa, "El contrato administrativo no es sino una forma de la actividad administrativa, es decir, de aquella actividad estatal 'que tiene por objeto la realización de los cometidos estatales en cuanto requieren ejecución práctica, mediante actos jurídicos -que pueden ser reglamentarios, subjetivos o actos-condición- y operaciones materiales' (Sayagués). La actividad administrativa es, en esencia, una actividad teleológica, que está enderezada al logro de una finalidad, la cual es la satisfacción de las necesidades colectivas y la obtención de los fines propios del Estado". Por tanto, el contrato estatal lo celebra siempre la entidad oficial en procura el interés general y público, con independencia del régimen jurídico aplicable al mismo, dado que existen contratos estatales regidos por ley 80 de 1993, otros por el derecho privado, y unos más por normas especiales. Además, debe

entenderse que cuando el artículo 40 de la ley 472 prevé la responsabilidad solidaria entre el representante legal de la entidad contratante y el contratista, por sobrecostos e irregularidades en la contratación, se autoriza al juez de la acción popular para examinar la validez del contrato"³⁴.

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

³⁴ Consejo de estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección tercera. Consejero ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez. Bogotá, D.C., veintidós (22) de febrero de dos mil siete (2007). Radicación número: 41001-23-31-000-2004-00726-01(AP). Actor: María Nubia Zamora Vargas. Demandado: Empresa de servicios públicos del municipio de la plata y otros. referencia: acción popular

acción popular en materia de control de legalidad.

En sentencia de febrero veintiuno de dos mil siete³⁵ el Consejo de Estado resumió y explicó cada una de estas líneas jurisprudenciales para fijar, su posición al respecto: “Al interior de la Corporación se han dado varias discusiones sobre la procedencia de la acción popular para cuestionar la legalidad de los actos administrativos, cobijados con la presunción de legalidad y, en caso de ser ilegales, anularlos. Nada diferente se advierte en la evolución jurisprudencial que, a lo largo de la vigencia de la [ley 472 de 1998](#), ha acompañado el debate, al interior de las distintas Secciones del Consejo de Estado. Se han dado cuatro vertientes en el manejo de este tema: i) tesis restrictiva; ii) tesis amplia; iii) tesis intermedia y, iv) tesis de criterio finalístico. 1.1. La tesis restrictiva, no permite la discusión de la legalidad del acto administrativo en la acción popular, bajo el entendido de que para ello existen las acciones contencioso administrativas de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho. 1.2. La tesis amplia, defiende la procedencia de la acción sin ninguna cortapisa o condicionamiento frente al análisis de la legalidad del acto administrativo, y admite la anulación del mismo. 1.3. La tesis intermedia,

³⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Bogotá d. c., febrero veintiuno de dos mil siete (2007). Radicación número: 25000-23-25-000-2005-00355-01 (ap). Actor: Mauricio Rodríguez Echeverri. demandado: Ministerio De La Protección Social y otros.

admite la procedencia de la acción, pero condicionada al límite de la decisión, siendo viable suspender los efectos del acto, pero no la anulación, que sólo corresponde al juez de la acción ordinaria. 1.4. La tesis con criterio finalístico, admite la acción pero teniendo en cuenta la finalidad que persiga el actor, de tal suerte que sólo puede anularse el acto administrativo que amenace o transgreda el derecho colectivo, siendo improcedente cuando se trata de un estudio de legalidad, propio de las acciones contencioso administrativas, en las que se enerva las presunciones del acto administrativo bajo el límite de la jurisdicción rogada. Lo cierto de todo es que, para la Sala, en medio de las distintas posiciones descritas, la ley de acciones populares permite que proceda este medio de defensa, ante la acción u omisión de las autoridades o de los particulares que ejerzan función administrativa, lo cual contempla la posibilidad de que se presenten, incluso, contra los actos administrativos, que constituyen una de las principales manifestaciones activas o de acción de las autoridades públicas. En síntesis, para esta Sala, con fundamento en la ley, es viable analizar la legalidad de los actos administrativos, al interior de la acción popular, pero condicionado a que esa manifestación de voluntad sea causa directa de la amenaza o vulneración del derecho colectivo, criterio que se comparte y reitera en esta oportunidad, y que responde a la tesis que acepta la procedencia de la acción popular frente a la manifestación de voluntad de la

administración, cuando con ésta se vulneran derechos o intereses colectivos. Además, agrega ahora la Sala, variando la jurisprudencia vigente, resulta posible para el juez declarar, incluso, la nulidad del acto administrativo transgresor de derechos colectivos, en aplicación de los poderes del juez de la acción popular, previstos en los artículos 2 y 34 de la [ley 472 de 1998](#) y, haciendo suyos los argumentos de quienes en su oportunidad, salvaron o aclararon el voto a aquellas decisiones que limitaban el poder del juez popular a la sola suspensión de los efectos. Se añadirá a lo anterior, que la concurrencia o paralelismo entre la acción popular y la acción contencioso administrativa ordinaria, frente a un acto administrativo, no debe constituirse en cortapisa para el trámite y prosperidad de ninguna de ellas, pues, se reitera, habrá que atender a la finalidad de cada una de esas acciones. Tampoco puede admitirse que la concurrencia de ambas acciones-popular y ordinaria contencioso administrativa-lleve a un evento de prejudicialidad, porque una no influye ni depende de la otra, de ahí que la prosperidad de la acción popular frente a la declaratoria de nulidad del acto administrativo, por violentar los derechos colectivos, no puede ser óbice para que el juez contencioso administrativo se abstraiga de pronunciarse sobre la legalidad del acto que se hace mediante las acciones contenciosas, previstas en los artículos 84 y 85 del C. C. A.; más aún, cuando la acción popular no está contemplada para restablecer

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

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

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

4. Incentivos

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

El incentivo se encuentra regulado en los artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998, en el primero se define la regla general, que con base en un sistema de topes –mínimo y máximo – establece la obligación del juez de fijarlo en correspondencia con el derecho del demandante de recibirlo, por su parte, el segundo, define las reglas específicas para el caso de acciones populares interpuestas para proteger el derecho colectivo a la moralidad administrativa, en cuyo caso corresponde a un porcentaje sobre el monto recuperado para la administración mediante la acción popular³⁶.

³⁶ Ley 472 de 1998: "Artículo 39. Incentivos. El demandante en una acción popular tendrá derecho a recibir un incentivo que el juez fijará entre diez (10) y ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales. || Cuando el actor sea una entidad pública, el incentivo se destinará al Fondo de Defensa de Intereses Colectivos." Y "Artículo 40. Incentivo económico en acciones populares sobre moral administrativa. En las acciones populares que se generen en la violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa, el demandante o demandantes tendrán derecho a recibir el quince por ciento (15%) del valor que recupere la entidad pública en razón a la acción popular. || Para los fines de este artículo y cuando se trate de sobre costos o de otras irregularidades provenientes

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

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

En el Consejo de Estado, la discusión ha girado especialmente al rededor de la posibilidad de otorgar el

de la contratación, responderá patrimonialmente el representante legal del respectivo organismo o entidad contratante y contratista, en forma solidaria con quienes concurren al hecho, hasta la recuperación total de lo pagado en exceso."

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

“El artículo 39 de la ley 472 de 1998 prevé que “el demandante en una acción popular tendrá derecho a recibir un incentivo que el juez fijará entre diez (10) y ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales”. Las acciones populares no tienen por objeto la obtención de beneficios pecuniarios, sino la protección efectiva de derechos e intereses colectivos, de manera que se hagan cesar los efectos de su resquebrajamiento y lo que debe motivar a los ciudadanos a interponerlas es la solidaridad, lo cual no se opone a que la ley haya establecido una compensación a la carga adicional que asumen las personas que ejercitan una acción en beneficio de la comunidad y no en el mero interés individual. El estímulo económico a favor de quienes

ejercen las acciones populares se estableció desde el Código Civil (artículo 1005) que lo fijaba en el equivalente a “una suma que no baje de la décima ni exceda de la tercera parte de lo que cueste la demolición o enmienda, o el resarcimiento del daño; sin perjuicio de que si se castiga el delito o negligencia con una pena pecuniaria, se adjudique al actor la mitad”. Tal beneficio económico, no fue concebido como un castigo para la entidad o persona reacia a cesar en la trasgresión de los derechos e intereses colectivos, sino como una compensación por la labor altruista del actor, así dicha suma deba pagarse a costa de la entidad o persona responsable de la vulneración. El derecho al incentivo no surge por voluntad de las partes ni está sometido a la liberalidad del juez, surge del mandato legal; aunque su cuantía sí la establece éste de manera discrecional. Por eso, la Sala ha considerado que puede reconocerse el incentivo en el evento en cual se nieguen las pretensiones de la demanda, como consecuencia de que para cuando se llegue a ese momento procesal haya cesado la amenaza o vulneración al derecho o interés colectivo, siempre que se logre demostrar que efectivamente existió un daño

o vulneración a los intereses colectivos, y que la interposición de la demanda fue el motivo determinante por el cual cesó dicha vulneración. En consecuencia, cuando se haya probado que la conducta de la cual se predicaba la violación de los derechos colectivos cesó después de la presentación de la demanda, como se logró demostrar que efectivamente se produjo una violación a los derechos que se invocaron como vulnerados en la demanda, estima la Sala que hay lugar al reconocimiento del incentivo, confirmando en su totalidad la sentencia recurrida”³⁷.

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

“La finalidad del incentivo económico no es la de resarcir perjuicios, sino operar como un estímulo a los ciudadanos para que participen mediante la acción popular, en defensa de los derechos e intereses colectivos. Resulta procedente cuando el objetivo de la acción se cumpla, a cuyo efecto el legislador graduó su

monto entre 10 y 150 salarios mínimos, en consideración a la actividad desplegada por el actor y a la eficacia de su actuación respecto de la protección del derecho o interés colectivo, mediante la prueba de que fue determinante para el reconocimiento o protección del derecho. Ahora bien, cabe resaltar que ese actuar debe ser motivado por el interés colectivo y no simplemente individual de obtener dicho reconocimiento, con base en una sólida conciencia cívica. En el caso concreto están cumplidos (sic) lo supuestos que condicionan el otorgamiento del incentivo al accionante, toda vez que gracias a que instauró la demanda que dio lugar a este proceso y a que demostró la vulneración de uno de los derechos colectivos invocados, se dispondrá el amparo del mismo en beneficio de todos los usuarios del servicio de energía eléctrica del municipio de Salamina y el Corregimiento de San Felix. En consideración a que i) la actuación del actor fue determinante en la protección del derecho colectivo de todos los usuarios y consumidores del servicio de energía eléctrica en tales localidades, como quiera que presentó una demanda acertada, patrocinó el

³⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá, D.C., seis (6) de octubre de dos mil cinco (2005). Radicación número: 08001-23-31-000-2002-02214-01 (AP). Actor: Jairo Torres Moreno y Otros. Demandado: Distrito Especial Industrial y Portuario de Barranquilla. Referencia: Acción Popular - Apelación Sentencia.

recaudo de las pruebas pertinentes e insistió en su petición ante esta Corporación y en atención a que ii) la vulneración del derecho se prolongó por (sic) mas de cincuenta meses porque las actuaciones de algunos funcionarios de control fueron infructuosas, la Sala dispondrá el pago del incentivo en su favor en cuantía de 50 salarios mínimos legales mensuales, que deberá ser pagado por la Central Hidroeléctrica de Caldas S.A. E.S.P. - CHEC, porque a ella resulta imputable la lesión del citado derecho colectivo.”³⁸

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

En la sentencia C-459 de 2004 (MP Jaime Araujo Rentería) la Corte consideró que la figura de los

incentivos se compadecía con el deber constitucional bien entendido y que fungía en las acciones constitucionales como un estímulo legítimo para promover el interés del estado en la defensa de los derechos constitucionales colectivos: “(...)las acciones populares combinan el deber de solidaridad que a todas las personas les atañe, con la potestad del Estado para inducir, promocionar, patrocinar, premiar y, en general, estimular el ejercicio de tales acciones en orden a la materialización y preservación de determinados bienes jurídicos de especial connotación social. Lo cual encuentra arraigo constitucional en el hecho de que nuestra Carta Política no prohija un modelo ético único, pues, según se vio, la pluralidad de pensamiento y el respeto a la diferencia campean cual coordenadas rectoras de las instituciones del Estado y de las relaciones entre los particulares y las autoridades públicas. Es decir, respetando el pensamiento que cada cual pueda tener sobre la forma de hacer efectivo su deber de solidaridad, el Congreso prevé un estímulo que resulta válido frente a la efectiva defensa de los derechos e intereses colectivos, el cual resulta proporcionado al tenor de los topes limitativos del monto del incentivo a decretar judicialmente. De suerte tal que, a tiempo que el demandante reporta un beneficio para sí, la sociedad misma se siente retribuida con la efectiva reivindicación de sus derechos e intereses colectivos.” Esta decisión fue reiterada posteriormente

³⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Consejero ponente: Ramiro Saavedra Becerra. Bogotá, D.C., dieciséis (16) de febrero de dos mil seis (2006). Radicación número: 17001-23-31-000-2004-00237-01 (AP). Actor: Gerardo Álzate Duque. Demandado: Central Hidroeléctrica de caldas -chec- y otros. Referencia: Apelación Sentencia - Acción Popular.

en la sentencia C-512 de 2004 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra).

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

5. Propuestas de reforma

5.1. El incentivo.

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

Para la Corporación Excelencia en la Justicia, es necesario hacer una distinción entre el tratamiento que se debe dar a los incentivos previstos en el artículo 39 de la Ley (regla general) y a los establecidos en el artículo 40 (casos de defensa de la moralidad administrativa). Porque en relación con los primeros – entre 10 y 150 salarios mínimos mensuales – su existencia y su monto parecen adecuados para el cumplimiento de

los fines para los cuales se diseñó, es decir promover el uso de las acciones y eliminar eventuales desequilibrios entre las partes. Lo anterior no se opone a una regulación más precisa del incentivo que permita al juez que conoce la acción, por ejemplo, acumular el otorgamiento del mismo, cuando se trate de la protección del mismo bien a través de distintas acciones.

Por el contrario, el artículo 40 de la Ley, en el caso de que se defienda la moralidad administrativa, establece que los demandantes tienen derecho a recibir el quince por ciento del valor que recupere la entidad pública en razón a la acción popular. Allí, el incentivo económico ya no parece dirigirse a asegurar que el demandante pueda cubrir los gastos en los que incurre para la defensa del interés colectivo asociado a la moralidad pública, ni a generar un balance entre éste y el Estado (que en todo caso no sería viable). Ese incentivo se parece más a una recompensa que da el Estado a quien, a través de una acción popular, le permite recuperar recursos afectados por violaciones a la moralidad administrativa. En este caso, los incentivos económicos se pueden convertir en estímulos perversos para la presentación de acciones populares de manera indiscriminada, en la medida en que el monto de los mismos resulta muy atractivo para los particulares, frente a las implicaciones y el nivel de responsabilidad que comporta la presentación de una acción popular.

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

justicia, la sobre congestión del aparato judicial y el incremento de la seguridad jurídica en el litigio.

5.2. Cosa Juzgada

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

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