

La acción popular, la acción de grupo y las acciones colectivas

Comparación de algunos tópicos entre el ordenamiento colombiano y el Anteproyecto de Código Modelo de procesos colectivos para Iberoamérica*

JUAN CARLOS GUAYACÁN ORTIZ

SUMARIO: *Premisa- I. La acción popular como acción colectiva y las pretensiones esgrimibles mediante su uso- A. Dos modelos latinoamericanos de acciones populares- B. La acción popular en el Anteproyecto- II. La conveniencia de los incentivos para el actor popular- III. La valoración de la representatividad adecuada en la acción popular y en las acciones colectivas- A. La representatividad adecuada en las acciones populares colombianas- B. La representatividad adecuada en las acciones de grupo colombianas- C. La representatividad adecuada en las acciones colectivas brasileras- D. Necesidad de una mayor precisión de los elementos que dispone el juez para valorar la representatividad adecuada- IV. El origen común de los intereses individuales homogéneos- A. La experiencia colombiana con el requisito del origen común- B. El origen común de los intereses homogéneos en el derecho brasiler- C. Conveniencia de delimitar con mayor precisión el concepto de origen común.*

PREMISA

El tema de las acciones colectivas y el Anteproyecto de Código Modelo de procesos colectivos para Iberoamérica constituye el marco ideal para adelantar el camino hacia la integración y unificación del sistema jurídico latinoamericano¹. Esto porque existen figuras comunes, como la acción popular, que encontrándose en algunos de los distintos ordenamientos de Latinoamérica, con pequeñas y sutiles

* Documento preparado para el VIII Seminario internazionale sul sistema giuridico latinoamericano e processo. Unificazione del diritto, Roma, 20, 21 y 22 de mayo de 2004.

1 Sobre los fundamentos del sistema jurídico latinoamericano cfr. S. SCHIPANI. *La codificazione del diritto romano comune*, Torino, 1996; P. CATALANO. *Diritto e persone. Studi sull'origine e attualità del Sistema romano*, Torino, 1990, íd. *Populus Romanus Quirites*, Torino, 1974.

diferencias en cada uno de los países, en el proyecto se muestran unificados y con su más amplio contenido, evocando el esplendor que tuvo esta institución en la república romana.

La tarea de la integración y unificación del derecho, que no es otra cosa que el intento de elaborar un código que sirva a la cultura jurídica latinoamericana, comporta tropiezos de orden práctico, uno de ellos es el peso de la experiencia previa que cada país tiene con la institución que se pretende integrar. No queremos indicar con esto un absoluto escepticismo frente a la labor integradora, sino advertir el obstáculo para tener conciencia del mismo, y así, impedir su interferencia.

Cuando se está frente a un código modelo son varias las inquietudes que surgen, y varios los propósitos que se despiertan en quien lo estudia, quizás el primero de ellos es el compararlo con la legislación vigente del país de quien evalúa el documento que se propone como modelo. En cuanto concierne al autor de estas líneas, es nuestro propósito en el presente escrito hacer un cuadro comparativo entre la experiencia del ordenamiento colombiano, el texto del Anteproyecto y la información que tenemos de la experiencia brasilera que, a juzgar por la nacionalidad de los autores del Anteproyecto, es la experiencia jurídica que más ha influido en la elaboración del documento; todo esto a fin de tener una visión somera y de conjunto, que permita que tales experiencias jurídicas puedan aportar lo mejor de cada una de ellas en la elaboración de este código.

Para cumplir el propósito de interrelacionar el Anteproyecto con la legislación colombiana, se hace necesario trazar una breve semblanza de la protección de los intereses colectivos en el ordenamiento colombiano; se pretende solamente la puesta en evidencia de los pilares sobre los cuales se estructura tal protección, pilares que a nuestro juicio están constituidos por los conceptos de: interés colectivo, acción popular y acción de grupo².

A. La noción de interés colectivo en Colombia

La noción de intereses colectivos en Colombia, ante la ausencia de una definición legal y constitucional, fue decantada por vía jurisprudencial: la Corte Constitucional los definió como aquellos que pertenecen a todos y cada uno de los miembros de una comunidad, y cuya existencia se concreta con su ejercicio ante la jurisdic-

2 Para el estudio detallado del sistema colombiano de protección de intereses colectivos, desde el punto de vista procesal, pueden consultarse R. BEJARANO. *Las acciones populares*, Bogotá, 1993; íd. *Los procesos declarativos*, Bogotá, 1998, 139-162; íd. *Los procesos declarativos*, 2.^a ed., Bogotá, 2001, 159-219; J. PARRA. "Acciones populares y acciones para la tutela de los intereses colectivos", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, año 1 n.º 2, 2002, 55; J. C. HENAO. "La defensa de los derechos colectivos y de los de grupo en la responsabilidad civil del Estado en el derecho colombiano y francés", en *El derecho público a comienzos del siglo XXI. Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer-Carias*, Madrid, 2003, 2745-2790; íd. "Collective Rights Actions: Sample of European and Latin American Contributions", conferencia dictada en la Pace University de Nueva York, noviembre de 2003.

ción³. Sin embargo, ni la Constitución ni la ley distinguieron entre intereses colectivos e intereses difusos, circunstancia que nos crea una disfuncionalidad al intentar comparar el modelo colombiano con el Anteproyecto del Código Modelo para Iberoamérica, donde desde el primer artículo se distinguen, con rigurosa precisión, tales conceptos.

Así las cosas, y para evitar la disfuncionalidad mencionada, podremos decir que en Colombia la noción de interés colectivo es amplia y contiene dentro de sí a los intereses difusos, tanto desde el punto de vista en que lo sostiene la mayor parte de la doctrina italiana, es decir, como aquellos carentes de una organización⁴; como desde el punto de vista de la legislación brasilera⁵, que es la misma que se adopta en el Anteproyecto, esto es, como aquellos intereses indivisibles en los que no existe una relación jurídica base entre las personas que son titulares de los mismos.

B. La acción popular

Las acciones populares en Colombia tienen una larga tradición. En efecto, en el Código de BELLO, que también es el nuestro, encontramos dos acciones populares con características particulares de las cuales tendremos oportunidad de hacer una breve reseña más adelante; sólo nos importa resaltar en este momento que la acción popular vive en el ordenamiento jurídico colombiano desde sus albores.

Bástenos por ahora decir que en Colombia se protegen los intereses colectivos mediante las acciones populares y se protegen colectivamente intereses individuales mediante acciones de grupo. Las acciones populares se consideran el medio expedito para defender los intereses colectivos; y las acciones de grupo, para la protección de los intereses individuales de un número plural de personas.

Las acciones populares, como hemos visto, estaban contempladas desde la adopción del Código Civil, pero allí no habían tenido una definición legal, ni se les había dado un procedimiento especial. Fue la Ley 472 de 1998, cumpliendo el mandato de la Constitución de 1991, la que reguló el procedimiento de estas acciones y las definió como aquellas mediante las cuales se protegen los intereses colectivos. Las acciones populares del Código Civil y las consagradas en la nueva ley tienen un régimen único y se caracterizan porque pueden ser iniciadas por cualquier persona⁶, a la cual se le reconoce un incentivo económico. También las caracteriza que tienen funciones preventivas y restitutorias.

3 Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-215 del 14 de abril de 1999.

4 V. VIGORITTI. *Interessi collettivi e processo, La legittimazione ad agire*, Milano, 1979.

5 Art. 81 *Código Brasileiro de defesa do consumidor*.

6 Estimamos útil resaltar aquí que esta característica de poder ser interpuesta *quavis et populo*, por cualquiera del pueblo, es reconocida como el elemento esencial de la institución y se encuentra en las más antiguas fuentes romanas, incluso en las prejustinianas. Esta característica fue profundamente estudiada por la doctrina romanista que se ocupó de las acciones populares, entre la que destacamos a K. BRUNS. "Le azioni popolari romane",

C. La acción de grupo

La acción de grupo está definida legislativamente como aquella prevista para el cobro de los daños sufridos por un número plural de personas, que debe ser superior a 20 miembros, a quienes se les exige demostrar que existen condiciones de uniformidad en la causa del daño y en los elementos que configuran la responsabilidad⁷. La sentencia que pone fin a esta acción debe reconocer un daño global y el monto de los perjuicios individualmente sufridos por cada uno de los miembros del grupo que han acudido al proceso, así como los requisitos para que, quienes, siendo parte del grupo, no se han presentado al proceso, puedan hacerlo para reclamar su indemnización dentro de un preciso término ante el fondo para la defensa de los intereses colectivos que es administrado por la Defensoría del Pueblo⁸.

Dicho lo anterior, nos resta expresar el objetivo específico de este escrito: pretendemos examinar el proyecto bajo la óptica de la legislación colombiana, no para descalificar o elogiar el contenido del mismo, lo que constituiría una visión maniqueísta que ningún beneficio traería, sino por el contrario, para precisar qué cosas podrían ser tomadas justamente como modelo en Colombia y, eventualmente, sugerir la inclusión de algunas cosas de la experiencia colombiana, todo esto teniendo siempre como trasfondo el sistema jurídico latinoamericano; por ello, cuando estimamos que hay lugar, en algunas de las reflexiones contenidas en este escrito, hacemos alusión a circunstancias históricas sobre la formación del sistema, que nos pueden mostrar las causas de las diferencias y alguna forma de armonizar las mismas.

De nuestra primera aproximación al texto del anteproyecto destacamos cuatro tópicos que llaman nuestra atención y que ponemos como objeto de reflexión de los estudiosos que participan en el seminario, ellos son: la presencia inequívoca de la acción popular en el Anteproyecto como acción colectiva y la precisión de las pretensiones esgrimibles por medio de la misma; la conveniencia de con-

1864, VITTORIO SCIALOJA (trad.), *Archivio giuridico*, XXVIII, 166-214, 519; XXIX, 279-306; C. FADDA. *L'azione popolare. Studio di diritto romano et attuale*, 1894; F. CASAVOLA. *Studi sulle azioni popolari romane*, Napoli, 1958. La doctrina latinoamericana contemporánea, que tendremos oportunidad de citar en el desarrollo de este trabajo, reconoce también en esta característica el elemento esencial de la acción popular.

7 La Corte Constitucional colombiana declaró inexecutable la expresión "elementos que configuran la responsabilidad", por lo tanto, ahora sólo se exige uniformidad en la causa del daño. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-569 del 18 de junio de 2004, M. P.: RODRIGO UPRIMNY.

8 En Colombia la sentencia de acción de grupo debe contener una condena global y otra individual, hecho que marca una significativa diferencia con el régimen brasilero y con el Anteproyecto, pues allí la sentencia es de condena genérica, las pretensiones individuales tienen que ser adelantadas posteriormente en otro proceso judicial. Cfr. A. PELLEGRINI. "La difesa degli interessi transindividuali: Brasile e Iberoamerica", en *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*, Torino, 2003, 160.

sagrar incentivos económicos en favor del actor popular; la evaluación de la utilidad de la representación adecuada en los términos en que se plantea, y la necesidad de precisar el concepto de origen común de los intereses individuales homogéneos.

I. LA ACCIÓN POPULAR COMO ACCIÓN COLECTIVA Y LAS PRETENSIONES ESGRIMIBLES MEDIANTE SU EJERCICIO

El Anteproyecto consagra inequívocamente la acción popular como una acción colectiva para la protección de los intereses difusos, pero sobre todo, tiene el mérito de redimensionar la institución al consagrar de manera amplia el tipo de pretensiones que pueden esgrimirse por medio de ella.

Recordémoslo, las acciones populares tuvieron origen en el derecho romano; aunque esta manifestación tiene sabor a lugar común, la mencionamos aquí nuevamente como punto de partida porque, a pesar que el derecho latinoamericano de finales del siglo XIX abrevó de la experiencia jurídica romana, la incorporación y vivencia de esta institución ha tenido sutiles diferencias, lo cual hace que la experiencia jurídica de cada pueblo desarrolle sensibilidad hacia ciertos tópicos y no hacia otros, circunstancia que enriquece la experiencia de la integración, pero al mismo tiempo dificulta el diálogo entre quienes adelantan el trabajo codificador, amén de las naturales dificultades semánticas y del contenido que se le da a unos mismos *nomen iuris*.

A. Dos modelos latinoamericanos de acciones populares

En Suramérica podemos ubicar, entre otros, dos modelos mediante los cuales fue incorporada la acción popular: 1. El que podríamos llamar modelo de ANDRÉS BELLO, que después de ser acogido en el Código Civil chileno fue adoptado en Colombia, Ecuador y Panamá. Este modelo se caracteriza por tener una acción popular con un amplio espectro de actuación, toda vez que protege los bienes públicos pero también protege cualquier colectivo, no necesariamente una municipalidad, contra cualquier daño contingente. La acción popular para la protección de los bienes públicos está prevista en los artículos 1005⁹ C. C.

9 Consideramos que el artículo 1005 C. C. colombiano contiene en forma integrada la *actio de positis aut suspensis*, y el interdicto para la protección de las vías públicas, que regían en Roma; en una labor integradora hecha por BELLO, quien además, siguiendo el esquema romano, hizo énfasis en la función preventiva y restitutoria de las acciones populares, características que han marcado la experiencia jurídica en la nación colombiana en esta materia, al punto que solo hasta hace dos años se consideraba que la acción popular no podía tener funciones distintas a la preventiva y restitutoria; sin embargo el Consejo de Estado ha comenzado a anular contratos administrativos como consecuencia de una acción popular. Cfr., entre otras, Consejo de Estado de Colombia, Sección Cuarta. Sentencia del 31 de mayo de 2002, AP 300.

colombiano, 948 chileno, 1012 ecuatoriano y 625 panameño. La acción popular contra daño contingente que amenaza a un grupo de personas indeterminadas está prevista en los artículos 2359 C. C. colombiano, 2333 chileno y 2260 ecuatoriano.

El trabajo de síntesis de la acción popular dentro de la experiencia romana, realizado por ANDRÉS BELLO, se evidencia sobre todo en la acción prevista para prevenir el daño contingente de un número indeterminado de personas (art. 2359 C. C. col.), norma que constituye una verdadera novedad en los códigos civiles de la época por cuanto se separa de la influencia de la pandectística¹⁰ que había negado cualquier aplicación moderna de la antigua institución romana. BELLO, en cambio, revitaliza con esta norma el concepto de pueblo como colectividad, concepto que constituyó la base de la expresión popular en los orígenes del derecho romano¹¹.

2. El otro modelo existente dentro del sistema jurídico latinoamericano que resaltamos aquí, es el que nos muestra la legislación de Brasil, en donde, si bien no fue incluida la figura de la acción popular en la codificación civil¹², sí fue el primer ordenamiento en elevar la figura a canon constitucional y regular mediante legislación especial el procedimiento de las acciones populares. Sin embargo, el contenido que allí se le dio a las mismas fue un tanto diverso al previsto por BELLO, pues se limitó a la anulación de actos ilegales de la administración que lesionaran el patrimonio público¹³.

10 Sobre la influencia de la pandectística en el desarrollo de la acción popular cfr. A. DIPORTO. *Interdetti popolari e tutela delle "res in uso publico"*, *Linee di una indagine*, Torino, 1991, 502 y ss.

11 A propósito del concepto de pueblo como colectividad, consúltese P. CATALANO. *Populus Romanus Quirites*, cit.

12 La historia de la tentativa de inclusión de las acciones populares en las primeras codificaciones civiles brasileras, en donde se observa la influencia de la pandectística alemana, la ha reseñado en español, V. DELGADO. *La legitimación ambiental en los países de la región del Mercosur con especial atención a las acciones populares*, tesis doctoral presentada en el Centro de Estudios Jurídicos Latinoamericanos de la Universidad de Roma "Tor Vergata" en 2003. La influencia de la pandectística, que impidió que fueran incluidas las acciones populares en la codificación civil de Brasil, asemeja la historia de la institución, por lo menos en este periodo, a lo ocurrido en Italia. Sobre la historia de las acciones populares en Italia, D. BORGHESI. "Azione popolare", *Enciclopedia giuridica*, IV, Roma, 1988, 3 y ss.

13 La acción popular en Brasil desde sus orígenes, en la Constitución de 1934, está ligada a la nulidad del acto administrativo en defensa del patrimonio público, aunque si bien la noción de patrimonio ha venido paulatinamente ampliándose, pues se extiende, además de a los bienes de carácter económico, a los bienes derechos de valor artístico, estético e histórico, siempre permanece constante el hecho que la pretensión esté limitada a la nulidad de actos administrativos. Fue quizás, hasta donde llega nuestra información, el profesor BARBOSA MOREIRA el primero en advertir que esta acción popular era el instrumento idóneo para la protección de intereses difusos: J. C. BARBOSA. "A Ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdiccional dos chamados 'interesses difusos'", en *Temas de direito processual*, São Paulo, 1977, 110 y ss.

La heterogeneidad de las pretensiones que se pueden llevar ante la jurisdicción mediante acción popular no es un asunto de poca monta. En varios países latinoamericanos existe la acción popular, en algunos casos con el *nomen iuris* específico, en otros simplemente con la manifestación que cualquier ciudadano puede ejercer el derecho de acción para la protección de un determinado derecho, pero si nos detenemos a ver el contenido de lo que se puede demandar con dichas acciones, éste es bastante diverso en cada uno de los diferentes ordenamientos¹⁴.

Esta heterogeneidad de las pretensiones esgrimibles mediante acción popular no es exclusiva de Suramérica, si dirigimos nuestra mirada hacia la península ibérica allí también nos encontramos ante la disparidad de contenido de la acción popular, pues la Constitución portuguesa la reconoce para la protección de los intereses difusos¹⁵, y la Constitución española consagra una acción popular cuyo contenido dejó a la ley, y en la que la doctrina de ese país advierte una función primordialmente de protección objetiva de la legalidad¹⁶.

B. La acción popular en el Anteproyecto

El Anteproyecto que se presenta como modelo para Iberoamérica nos parece que unifica el tema de la acción popular dentro del sistema jurídico latinoamericano,

14 Por ejemplo en Brasil la Constitución vigente de 1988 establece en el numeral LXXIII artículo 5.º que mediante acción popular se pretende la nulidad de actos de la administración que lesionen el patrimonio público, o de una entidad estatal, el medio ambiente el patrimonio histórico, la moralidad administrativa; pero quedan sin protección las omisiones de la administración y los actos y hechos jurídicos de los particulares; por su parte, en Perú, el artículo 200 de la Constitución establece una acción popular, como garantía constitucional, para el control de legalidad y de constitucionalidad de reglamentos, normas administrativas, resoluciones y decretos de carácter general; la Constitución colombiana establece en el artículo 88 las acciones populares para la protección de intereses y derechos colectivos.

15 Bien interesante resulta el caso portugués, que, como lo resaltaba el profesor TEIXEIRA DE SOUSA, dispone de una acción popular prevista en el artículo 52.3 de la Constitución de ese país, que contiene incluso la pretensión indemnizatoria de derechos individuales, con lo cual amplía el contenido tradicional de la acción popular: M. TEIXEIRA DE SOUSA. "A tutela jurisdiccional dos interesses difusos no direito português", VII *Seminário internacional su: Formação e carateres do sistema jurídico latinoamericano e problemas do processo Civil*, Roma, 16 de mayo de 2002.

16 El artículo 125 de la Constitución española dispone que los ciudadanos puedan ejercer la acción popular, y la ley orgánica del poder judicial en su artículo 19.1 lo reitera. Sin embargo, son escasos los eventos en materia de derecho administrativo, y en materia civil son inexistentes; en general la doctrina ve en la acción popular un medio para la defensa objetiva del ordenamiento jurídico; en este sentido P. GUTIÉRREZ. *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*, Navarra, 1999, 361; L. BUJOSA. *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, Madrid, 1995, 286; aunque existe una tendencia de la doctrina a resaltar la posible utilización de la acción popular para la defensa del ambiente: cfr. P. GUTIÉRREZ. *Ob. cit.*, 366 y ss. y de la tutela del consumidor en el proceso penal: J. ACOSTA. *Tutela procesal de los consumidores*, Barcelona, 1995, 103. En general sobre la acción popular en España cfr. S. OROMI VALL-LLOVERA. *El ejercicio de la acción popular (pautas para una futura regulación legal)*, Madrid, 2003.

en el sentido que, al legitimar al ciudadano para pedir la protección de los intereses difusos¹⁷, vuelve a dar a la acción popular el gran calado que tuvo en el pasado romano. En efecto, el numeral 1 artículo 3.º del Anteproyecto concede legitimación a cualquier ciudadano para la defensa de los intereses difusos.

La unificación que advertimos en el proyecto no está en que se permita a cualquiera demandar, pues, como hemos visto, en diversos países de América Latina tal posibilidad existe; la novedad consiste en el haber incluido los intereses difusos como objeto de acción popular y en la ampliación del espectro de las pretensiones que pueden ser esgrimidas mediante las mismas, pues el artículo 4.º del Anteproyecto establece que para la defensa de los derechos protegidos son admisibles todas las especies de acciones aptas para propiciar su adecuada y efectiva tutela.

Recapitulando, podríamos decir que el proyecto tiene el mérito de unificar y ampliar el contenido de la acción popular, que en el seno de los ordenamientos que conforman el sistema jurídico iberoamericano, como lo hemos someramente visto, es bastante heterogéneo. No obstante, si se nos permitiera una sugerencia, creemos que, por motivos de entidad y de merecido reconocimiento a una figura que forma parte de nuestra tradición, podría rendírsele un homenaje, incorporándola en el Anteproyecto de Código Modelo, con su *nomen iuris*: "acción popular".

II. CONVENIENCIA DE LOS INCENTIVOS PARA EL ACTOR POPULAR

Nos llama la atención que el Anteproyecto establece un incentivo cuando el legitimado es una asociación, incentivo que consiste en una gratificación financiera a la asociación si la actuación resulta relevante en la conducción y éxito de la acción colectiva, pero en cambio se omite tal incentivo al actor popular, marcando una diferencia de tratamiento entre acción colectiva y acción popular a la que no encontramos explicación.

Razones de orden histórico indican que los incentivos se tenían previstos desde el antiguo derecho romano¹⁸, allí consistían en una suma de dinero para quien

17 Vale la pena reiterar que el anteproyecto define interés difuso como aquel interés indivisible cuyos titulares no se encuentran unidos por una relación jurídica, sino por una relación de hecho, y que, como lo advertíamos al comienzo de este artículo, esta noción está comprendida dentro del concepto amplio de interés colectivo del ordenamiento colombiano.

18 Aunque existe una fuerte controversia acerca de si la suma recibida por el actor popular era un premio recibido por el particular, o más bien un dinero que recibía como propio, lo cierto es que, cualquiera que sea la connotación que se le dé, el hecho indudable es que en la experiencia romana el particular recibía un beneficio económico, como premio o como derecho propio por pertenecer a una comunidad de la cual no se distinguía. Sobre la noción de identidad entre el Estado romano y conjunto de ciudadanos cfr. C. FADDA. *L'azione popolare Studio di Diritto Romano Ed attuale*, Roma, 1972, 298 y ss.; en la posición opuesta, que consideraba la suma que se entregaba al actor popular como una recompensa cfr. C. PISSANELLI. "Le azioni popolari Romane", en *Archivio giuridico*, 1889, 33, 334 y ss.

tomara la responsabilidad de defender el interés público o colectivo, ejemplo que fue copiado en las codificaciones civiles latinoamericanas que, como lo anotamos, sufrieron la influencia del Código chileno.

De tiempo atrás se conocen las críticas a la estipulación de los incentivos o recompensas económicas¹⁹, sin embargo, creemos que no se puede juzgar una institución por los efectos colaterales que la misma pueda tener, como sería, en el caso de la institución que nos ocupa, el riesgo que genere personas dedicadas exclusivamente a lucrarse de esta actividad. Ya advertía IHERING²⁰ que no se puede afirmar que la creación de los interdictos posesorios, como medios de protección a la posesión, haya sido una institución creada para proteger al ladrón, so pretexto que estos interdictos hayan sido utilizados inescrupulosamente; de la misma forma podemos decir que el incentivo de la acción popular, de suyo, no está creado para propiciar el lucro de quienes pretendan convertir el ejercicio de la acción popular en una forma de vida.

Más aún, creemos que si el ejercicio reiterado de la acción popular da lugar a que personas versadas en el trámite de tales acciones se especialicen en la protección de los intereses públicos o colectivos, si se hace dentro de los parámetros éticos y jurídicos que cada ordenamiento establezca y para los cuales los jueces tienen control, se estaría generando una remuneración justa a quien se ocupa de tal labor.

Junto a la crítica de los incentivos, quienes se oponen a una acción popular de amplia aplicación usualmente aducen que esta acción puede ser utilizada como un mecanismo de presión o de chantaje, en el que el interés privado o colectivo puede terminar convertido en una disculpa para el lucro personal de un particular; se expresa también con frecuencia el temor de que se utilice este tipo de acción para presentar pretensiones manifiestamente improcedentes que congestionarían la jurisdicción²¹. Estos riesgos, creemos, pueden ser eficazmente controlados por el juez que conoce del proceso y con la intervención del ministerio público, creando dentro del mismo proceso un juego de pesos y contrapesos propios de cualquier régimen democrático²².

19 La primera de la que se tiene noticia es la que se hace en las Comedias de PLAUTO, en las que se equipara con los parásitos a los denominados *cuadruplicatores*, sujetos que se dedicaban a demandar los juegos prohibidos y los préstamos usurarios y recibían el cuádruplo de la condena popular: cfr. C. FADDA. Ob. cit., 21.

20 R. IHERING. *Sul fondamento del possesso*, Milano, 1872, 8.

21 Estos fueron los argumentos que se esgrimieron contra el conocido *proyecto Luchini*, que pretendía establecer a finales del siglo XIX una acción popular de gran dimensión en Italia. A este respecto cfr. D.BORGHESI. "Azione popolare", *Enciclopedia giuridica*, IV, Roma, 1988, 2 y ss. Afortunadamente el Anteproyecto abandona estos temores y consagra la acción popular.

22 El caso colombiano no ha sido ajeno a acciones populares con pretensiones que desbordan los propósitos de esta institución, por ejemplo, la acción popular presentada para que se ordenara al Gobierno Nacional el desmonte del modelo económico neoliberal, "con el fin de evitar que la actual crisis económica produzca daños contingentes irre-

Retornando al tema de los incentivos, creemos que ellos forman parte de los tres factores que han contribuido al incremento que ha tenido la acción popular en Colombia²³. El primero de ellos es la labor pedagógica que dispuso la ley durante su período de *vacatio legis*²⁴. El segundo es que el procedimiento se volvió dinámico²⁵, y el tercero, que la nueva ley, manteniendo la línea trazada por ANDRÉS BELLO y más remotamente por el derecho romano, estableció los denominados incentivos económicos para el sujeto que asume la defensa del interés colectivo²⁶.

mediables a la economía colombiana": Consejo de Estado. Auto del 19 de agosto de 1999, AP 001. En otro caso más reciente, la acción popular se inicia para que se ordene al Gobierno legislar sobre patentes de medicamentos en un sentido distinto al que se proyectaba según un informe de prensa, pues de lo que se decía en el periódico el actor popular dedujo que el Gobierno expediría un decreto conforme a lo acordado por Colombia y la Organización Mundial del Comercio, decreto en el que este actor popular advertía un daño contingente a la población colombiana, pues él consideraba que en el acuerdo suscrito con la OMC se favorecería los intereses económicos de los laboratorios farmacéuticos internacionales. Frente a esta demanda el Consejo de Estado dijo que el daño contingente debe referirse a hechos concretos: Sección Quinta. Sentencia del 23 de enero de 2003, C. P.: MARIO MÉNDEZ. Al margen de que se comparta la inspiración ideológica de las demandas, estos dos eventos muestran la posibilidad que tiene el juez de ejercer el control jurídico del tema *decidendum* en las acciones populares, que frecuentemente puede tender a resolver cuestiones políticas; de esta forma logra el juez evitar el uso inadecuado de la acción popular y construye unos antecedentes que van consolidando el contenido de la institución.

- 23 La acogida que ha tenido la acción popular en Colombia se puede deducir de los datos expuestos por la Defensoría del Pueblo, entidad que por mandato de la Ley 472 de 1998 lleva un registro público de todas las acciones populares y de grupo que se adelantan a nivel nacional. De acuerdo con la información dada por Defensor del Pueblo en agosto de 2003, dentro de un seminario sobre acciones populares y de grupo realizado en la Universidad Externado de Colombia, en tal registro se contabilizaban en aquella fecha 3.730 acciones populares y 185 acciones de grupo, cifras que permiten ver la frecuencia de este tipo de procesos, teniendo en cuenta que la ley que modificó el procedimiento de las acciones populares entro a regir en agosto de 1999. Cfr. E. CIFUENTES. "La Defensoría del Pueblo y las acciones populares y de grupo", Seminario de acciones populares y de grupo, balance y perspectivas de la Ley 472 de 1998, Bogotá, 2003. Las memorias de este seminario se encuentra en proceso de edición en el Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia.
- 24 A pesar de que en Colombia se contaban con las acciones populares desde mediados del siglo XIX, 150 años después de su incorporación en el ordenamiento jurídico, el artículo 85 de la Ley 472 de 1998 decretó un período de *vacatio legis* para desarrollar un programa masivo de divulgación sobre derechos colectivos y su procedimiento para hacerlos efectivos, programa que surtió efectos y, a nuestro juicio, es uno de los elementos generadores de la importancia que han adquirido hoy las acciones populares y de grupo en el país.
- 25 La regulación procesal de las acciones populares tuvo en Colombia, hasta 1998, los canales propios de la protección individual; después de esta ley se le dio a la acción popular preventiva carácter prevaleciente, sobre cualquiera otra acción, excepto la acción de protección de derechos fundamentales –acción de tutela–, y se dotó en general de un procedimiento adecuado al interés colectivo que se protege.
- 26 La nueva ley actualizó los criterios para determinar el monto del incentivo, mientras la fórmula aplicada por ANDRÉS BELLO en el artículo 1005 hacía referencia a un porcentaje oscilante entre la décima y la tercera parte de lo que costara la demolición que se hacía

Omitir el incentivo económico traería el riesgo de condenar la acción popular al ostracismo, pues en el mundo contemporáneo complejo, la visión romántica que sugiere dejar la protección enteramente a un laudable sentido cívico no es aplicable, menos en países como los de América Latina en los que la población siente al Estado muy lejano y el sentido de alteridad entre Estado y ciudadanos es mayor que en los países europeos; por ello es más eficiente y justo remunerar a ese particular por su empeño en la defensa de los intereses de la colectividad.

Por las opiniones aquí expuestas consideraríamos conveniente que la codificación modelo extendiera el incentivo económico no sólo a las asociaciones, sino también al singular actor popular que asuma la defensa del interés colectivo o público.

III. LA VALORACIÓN DE LA REPRESENTATIVIDAD ADECUADA EN LA ACCIÓN POPULAR Y EN LAS ACCIONES COLECTIVAS

El tema de la representatividad adecuada del legitimado, entendida como el control que debe realizar el juez de la capacidad, prestigio y experiencia de la persona que pide la protección del interés colectivo, previsto como requisito de toda demanda colectiva en el Anteproyecto, en las acciones populares colombianas no existe y en las acciones de grupo opera de manera diferente.

A. La representatividad adecuada en las acciones populares colombianas

El tema de la representación adecuada resultaría muy sensible en de la legislación colombiana en lo que tiene que ver con acciones populares, pues, como hemos visto, la tradición romana, heredada por el trabajo de ANDRÉS BELLO, no ha puesto esta cortapisa al interés colectivo.

Decimos que sería muy sensible porque Colombia tiene una legislación en materia de acciones populares, desde hace más de un siglo, en la cual al legitimado no se le exige nada distinto a su condición de ciudadano; sin embargo, buscando el mismo fin, existe un llamado al ministerio público en toda acción popular para que valore si actúa o no actúa en representación del interés colectivo, y se cita también a la entidad administrativa encargada de proteger el derecho afectado (art. 21 Ley 472 de 1998).

como consecuencia de la acción popular, o, en caso de que hubiese una multa contra el demandado, el 50% de ésta era destinada para el actor. La nueva ley de acciones populares estableció el criterio de acuerdo con los salarios mínimos legales mensuales, permitiéndole al juez ponderar en cada caso en particular y escoger entre un mínimo de 10 salarios mínimos legales mensuales y un máximo de 150. Sin embargo, existe una regla distinta de cálculo del incentivo para el evento en que el bien colectivo sea la moralidad administrativa, en este caso el incentivo será hasta el 15% del monto que la entidad pública recupere.

Si examinamos antecedentes históricos en nuestra tradición, encontramos en el Digesto²⁷ la indicación al magistrado según la cual entre varios actores populares se elige al más idóneo, y se privilegia a quien tenga un interés propio, quizás porque se considera que ello garantiza un mayor compromiso en la defensa del interés colectivo. Vemos aquí un directo antecedente de control, o si se prefiere, de garantía de la representatividad adecuada que nuestra legislación vigente mantiene en su artículo 21, cuando establece que deberá informarse al ministerio público a fin de que intervenga como parte pública en defensa de los derechos e intereses colectivos, y que se le dará aviso a la entidad administrativa encargada de proteger el derecho colectivo afectado. Por lo anterior consideramos que la acción popular no requiere de un concepto anglosajón que le resulta extraño, la representación adecuada está garantizada con la presencia de las entidades públicas.

B. La representatividad adecuada en las acciones de grupo colombianas

El asunto es bastante diferente en cuanto a las acciones de grupo, es decir, aquellas donde se protegen derechos individuales homogéneos, según la nomenclatura del Anteproyecto. Para evaluar esta representatividad adecuada se hace necesario ver de qué manera el legislador colombiano, al adoptar las acciones de grupo, reglamentó este concepto propio del derecho norteamericano sobre *class actions*, ordenamiento que le sirvió de fuente.

En efecto, si contrastamos la conocida *rule 23*, de las *Federal Rules of Civil Procedure*, con los artículos que en la Ley 472 regulan la acción de grupo, advertimos que no hubo una copia idéntica de lo que allí se establece. Ante todo, el legislador colombiano estableció que habría acción de grupo cuando este estuviese conformado por más de 20 personas. Además, estableció que el juez, en el momento en que decide sobre la admisión, inadmisión o el rechazo de la demanda, debe valorar que la acción no haya caducado dentro del término que específicamente previó la ley, y debe verificar que haya condiciones uniformes entre los miembros del grupo en cuanto a la causa que generó los daños y a los elementos que configuran la responsabilidad²⁸, pero nada se dijo sobre el control de la representatividad.

La representatividad adecuada en las acciones de grupo colombianas quedó estipulada para ser alegada, *ex post facto*, por el sujeto que se sienta inadecuadamente representado; cuando quien no participó en el proceso advierta graves errores en la notificación o sienta que sus intereses no fueron representados en forma adecuada, puede pedir la exclusión del grupo dentro de los 20 días siguientes a la

27 D. 47.23.2: "Si muchos ejercitaran al mismo tiempo la acción popular, el pretor elegirá al más idóneo". D. 47.23.3: "... En las acciones populares es preferido aquél a quien interesa". Los textos los hemos tomado del *Digesto* traducido por ILDELFINO GARCÍA DEL CORRAL, Barcelona, 1897.

28 Sobre la posterior exclusión que la Corte Constitucional colombiana hizo de la expresión "elementos que configuran la responsabilidad", cfr. supra nota 7.

publicación de la sentencia²⁹. Así las cosas, el juez colombiano no tiene una norma de textura abierta, como la norteamericana o la que propone el Anteproyecto, para calificar el nivel de representatividad adecuada que tenga el actor respecto de los miembros de la clase que estarán ausentes³⁰. Veamos ahora brevemente la experiencia del ordenamiento brasilero con esta institución.

C. La representatividad adecuada en las acciones colectivas del derecho brasilero

En el ordenamiento jurídico de Brasil, el Código del Consumidor no previó la representación adecuada. En un comienzo esta era una de las características que la doctrina de ese país destacaba como indicadores de la diferencia entre la regulación de las *class actions* norteamericanas y sus homólogas brasileras, pues se había atendido a la situación socioeconómica de este país latinoamericano. No obstante, la misma doctrina ha venido mutando su posición al respecto, cuando afirma que el juez brasilero también podría aplicar estos criterios³¹.

D. La necesidad de una más específica precisión de los criterios para valorar la representatividad adecuada

Hasta aquí podemos constatar que en principio la representatividad adecuada no fue incluida por los ordenamientos suramericanos que decidieron incorporar las acciones de clase. En el caso brasilero la doctrina es unívoca en manifestar que se

29 Así lo establece el literal b artículo 56 de la Ley 472 de 1998, en coordinación con el artículo 55 *ibídem*.

30 No obstante, a pesar de la simplicidad con que el legislador colombiano reguló los requisitos que debía examinar el juez para la admisión, el Consejo de Estado colombiano, teniendo como base la certificación que tiene prevista el derecho norteamericano, ha insistido que esta acción no se trata simplemente de la acumulación subjetiva de pretensiones de más de 20 personas, o lo que es lo mismo, un litisconsorcio facultativo de 20 personas, que se debe examinar la entidad social del grupo, y esto determina la calificación. Los fundamentos del argumento los ha encontrado en la fuerza semántica de la expresión grupo, y en la interpretación que hizo la Corte Constitucional de la norma al decir que la pluralidad de las personas. Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencias del 2 de febrero de 2001, C. P.: ALIER HERNÁNDEZ, y 10 de octubre de 2001, C. P.: RICARDO HOYOS.

31 A. PELLEGRINI. "Significato sociale, politico e giuridico della tutela degli interessi diffusi", *Rivista di diritto processuale*, gennaio-marzo, 1999, 21 y ss.; sin embargo, esta misma autora, aduciendo problemas prácticos que habían surgido en el manejo de acciones colectivas, tales como capacidad, credibilidad, conocimientos científicos, aun en el ministerio público, pues se habrían encontrado casos en que el ministerio público terminaba convirtiéndose en "pseudodefensores de una categoría cuyos verdaderos intereses pueden estar en contraste con lo pedido": "Ações coletivas iberoamericanas: Novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada, Relatório", Congreso de Roma (mayo, 2002), Instituto Ibero-Americano de Derecho Procesal y Centro di Studi giuridici latinoamericani dell'Università "Tor Vergata", de Roma, sobre el tema "Azioni popolari e azioni per la tutela di interessi collettivi".

tuvieron presentes las características de aquel país³². En Colombia la representatividad adecuada hasta ahora no ha sido tratada por la doctrina y la jurisprudencia directamente, quizás porque hasta ahora su aplicación no ha dado lugar a problemas prácticos.

El ordenamiento norteamericano tiene una norma muy parecida a la que trae el Anteproyecto de Código Modelo, que le otorga al juez amplias facultades para vigilar el grado de adecuada representatividad en cada caso concreto, más aún, durante el proceso puede examinar tal nivel y, de considerarlo bajo, puede revocar, en cualquier momento, la certificación de la acción que en principio había sido certificada como *class action*³³.

Si bien es cierto estos criterios existen en la legislación que sirvió de modelo a la experiencia brasilera y colombiana, allí son aplicados dentro de una tradición que protege las garantías en el proceso, y no genéricamente con el proceso. Lo anterior implica, de un lado, que el juez puede examinar en cualquier momento la representatividad adecuada, y de otro, que los criterios no son genéricamente entendidos, sino que la jurisprudencia ha venido determinando sus contenidos, por ejemplo, la ética del abogado se presume y sólo puede ser endilgada incapacidad por hechos concretos dentro del proceso que constituyan faltas contra la ética o denoten falta de idoneidad profesional; sobre la capacidad económica basta la manifestación jurada del actor de tener los recursos para afrontar el proceso³⁴.

En un ambiente jurídico en el que se tiene incorporada la creatividad del juez, y donde, de otra parte, existe una estructura no burocrática de la función judicial³⁵, como al parecer ocurre en Estados Unidos, una norma de textura abierta puede tener aplicación; sin embargo, nos parece que no ocurriría lo mismo en el caso colombiano, donde tenemos una estructura burocrática de la administración de justicia y donde el juez solo tendría la oportunidad de calificar la representatividad adecuada en el momento de admitir la demanda.

32 Además de la referencia hecha en la nota anterior cfr. A. GIDI. *Coisa Julgada e litispendência em ações coletivas*, São Paulo, 1995, 25.

33 La representatividad adecuada está prevista en la *rule 23*, literal a, numeral 4, de las Reglas Federales del Proceso Civil, como un requisito de certificación de la acción.

34 Las expresiones "garantías en el proceso" y "con el proceso" las hemos tomado, junto con la delimitación de los criterios para la representatividad adecuada realizada por la Jurisprudencia norteamericana, del estudio crítico sobre las *class actions* hecho por ANDREA GIUSSANI en el que se analiza, bajo la óptica del jurista de la tradición romano germánica, esta institución propia del *common law*. A. GIUSSANI. *Studi sulle class actions*, Padova, 1996, 112 y 139.

35 La expresión "estructura burocrática" la tomamos de M. DAMASKA. *I volti della giustizia e del potere*, Bologna, 1991, 35 y ss.; texto en que este autor destaca que existen una estructura horizontal y otra jerárquica vertical de ejercer el poder, estructuras que generan comportamientos típicos de los funcionarios que detentan tal poder, por ejemplo en la estructura jerárquica el funcionario tiende a la rutina y a tomar decisiones con cierto "desinterés emotivo". Tal estructuración del poder, además, influye, entre otros aspectos, en el tipo de proceso judicial que se desarrolla en cada ámbito, por ello advierte también la inconveniencia de adoptar procesos que no son compatibles en lugares donde el poder se encuentra estructurado de diversa forma.

Si bien es cierto se advierte en el Anteproyecto el gran esfuerzo de precisar los elementos o criterios que el juez iberoamericano debería tener en cuenta para calificar la representatividad adecuada, ya que se diseñó una norma de un contenido un tanto más preciso que el de la norma norteamericana, nos parece que se justificaría una precisión aún mayor. En efecto, términos como credibilidad, capacidad, prestigio, o capacidad financiera del legitimado, son marcadamente genéricos y relativos, por ello pueden llevar a decisiones contradictorias entre los jueces; además, entre jueces que trabajan en una estructura burocrática, comportaría el riesgo adicional de que utilizaran tales términos como instrumento para denegar acciones y reducir procesos a su cargo.

Somos conscientes que frente a la posibilidad, propia de las acciones colectivas, de que se pueda adelantar un proceso protegiendo intereses de sujetos que no participan en el mismo, la representatividad adecuada garantiza el derecho de defensa a los ausentes; pero nos parece que se podría redactar normas que especifiquen en mayor medida sobre qué parámetros el juez debe medir la capacidad financiera y profesional del legitimado, así como su prestigio y experiencia.

A manera de síntesis podríamos decir que en nuestra tradición jurídica este control no lo puede hacer el juez de forma tan genérica como se propone. Por ello vemos más acorde con nuestra realidad el modelo colombiano que permite al individuo, dentro de un preciso término después de la sentencia, demostrar que sus intereses no fueron debidamente representados; lo contrario es poner a adivinar al juez sobre la representatividad adecuada, con parámetros demasiado amplios y aplicables de acuerdo con argumentos retóricos. No obstante, si se considera que tal protección es ineficiente, a nuestro juicio el código modelo podría tener normas que den al juez mayores elementos de juicio, para que también los particulares puedan controlar eficazmente la decisión del juez.

IV. EL ORIGEN COMÚN DE LOS INTERESES INDIVIDUALES HOMOGÉNEOS

El Anteproyecto establece, como requisito adicional para las acciones en que se pretenda la protección de los intereses individuales homogéneos, que se demuestre el predominio de las cuestiones comunes sobre las individuales y la utilidad de la tutela colectiva en el caso concreto; para opinar sobre este aspecto debemos contrastarlo con el homólogo de estas acciones en el derecho colombiano, esto es, las acciones de grupo.

A. La experiencia colombiana con el requisito del origen común

Las acciones de grupo, que son el equivalente del ordenamiento colombiano a las acciones colectivas para protección de intereses individuales homogéneos del Anteproyecto, tienen una fórmula para identificar el origen común de los intere-

ses plurisubjetivos que se protegen mediante este tipo de acciones gramaticalmente distinta, pero, creemos, ontológicamente afín con la fórmula prevista por el Anteproyecto. La fórmula que trae el proyecto consagra la acción colectiva para los intereses o derechos individuales homogéneos, entendiendo por ellos los que tienen un origen común. Mientras que en Colombia la acción de grupo está prevista para la reparación del daño sufrido por un número plural de personas a condición que existan condiciones uniformes en la causa del daño y condiciones uniformes de los elementos que configuran la responsabilidad³⁶, redacción que obedece a que el punto de referencia para definir la acción de grupo no fueron los intereses sino su potencial daño.

Esta redacción es evidentemente confusa, toda vez que la causa del daño puede ser interpretada como el hecho dañoso y este, a su vez, constituye uno de los elementos que configuran la responsabilidad, de suerte que parecería que se estuviera refiriendo al mismo fenómeno; pero entonces, ¿qué sentido tendría haberlo repetido? La jurisprudencia del Consejo de Estado optó por interpretar la primera parte de la fórmula como los hechos que dan lugar al daño, mientras que la segunda parte, aquella que exige las condiciones uniformes de los elementos que configuran la responsabilidad, optó por interpretarla, no en el sentido literal de las palabras, pues resultaría prácticamente imposible lograr la admisión de una demanda si se le exigiere uniformidad al hecho dañoso, al daño y a la relación de causalidad alegados por los miembros del grupo. Decidió entonces el alto tribunal, por no dejar sin operatividad esta segunda parte de la norma, interpretar que lo que la ley quería decir con tal expresión es que el grupo estuviese constituido con anterioridad al daño³⁷.

Esta preexistencia del grupo, como requisito de admisión de la acción, venía asentándose en la jurisprudencia del Consejo de Estado hasta el 18 de junio de 2004, fecha en que la Corte Constitucional declaró inexecutable la expresión "Condiciones uniformes de los elementos que configuran la responsabilidad", de suerte que ahora sólo se exige que existan "las condiciones uniformes en la causa del daño"³⁸.

36 Cfr. supra nota 7.

37 Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto del 2 de febrero del 2001, AG 017, C. P.: ALIER HERNÁNDEZ. No obstante, ha sido tan confusa la redacción de esta norma, que en la doctrina se encuentra una interpretación bastante diferente, según la cual la expresión "condiciones uniformes de los elementos que configuran la responsabilidad" significa que todos los miembros del grupo deben endilgar al demandado un comportamiento culposo o doloso, o indicar "unos mismos eventos de responsabilidad objetiva". Según esta interpretación no habría lugar a admitir la acción de grupo si este concepto no es uniforme. Esta es la opinión de BEJARANO. *Procesos declarativos*, cit., 187.

38 Corte Constitucional. Sentencia C-569 del 8 de junio de 2004, M. P.: RODRIGO UPRIMNY; en esta providencia la Corte estimó que era excesiva la exigencia de condiciones uniformes, a la causa del daño y a los elementos que configuran la responsabilidad, teniendo en cuenta los principios constitucionales de solidaridad y de acceso a la justicia que inspiran las acciones colectivas.

De otra parte, ha sido difícil determinar de manera unívoca la causa del daño en materia de responsabilidad contractual y extracontractual, ya que se encuentran decisiones que aprecian el fenómeno desde distintas ópticas. Por ejemplo, ante demandas presentadas contra el Banco de la República por los perjuicios derivados de una resolución proferida por esta entidad (resolución que posteriormente fue declarada nula) que durante su vigencia hizo excesivamente onerosos los créditos de vivienda otorgados por las entidades financieras en Colombia, el tribunal de primera instancia optó por negar la existencia de condiciones uniformes, puesto que a cada miembro del grupo lo vincula un contrato de mutuo distinto con cada entidad financiera³⁹. Otro tanto ha ocurrido con demandas en que grupos de trabajadores persiguen prestaciones laborales: en algunos casos se les ha dicho que no existe la causa común, porque los contratos de trabajo son distintos⁴⁰; en otros casos se ha reconocido que las condiciones uniformes (origen común del Anteproyecto) no dependen de la diversidad de contratos, sino de la conducta de incumplimiento del demandado⁴¹; en otros, en cambio, se ha rechazado la demanda porque se ha considerado que la pretensión de grupo debe ser exclusivamente indemnizatoria y por ello no puede ser utilizada para cobrar prestaciones de contratos laborales.

A propósito de la forma como debe ser entendida la expresión "condiciones uniformes respecto de la causa del daño", en la misma sentencia C-569, la Corte Constitucional determinó que el fenómeno debe ser analizado primordialmente desde la óptica jurídica y no sólo naturalista, es decir, no puede ser analizada exclusivamente desde el punto de vista fáctico, pues si así se hace, se "haría imposible la construcción de la relación de identidad entre los diversos hechos dañinos que tienen aptitud para generar un daño común al interés del grupo"⁴².

Pero al margen de esta particular discusión colombiana, generada por la confusa redacción de la norma, consideramos que, no obstante la diversidad gramatical entre la cláusula propuesta por el Anteproyecto y la establecida en la ley colombiana, se advierte en ellas el mismo fenómeno: la necesidad de determinar que sea el origen común de los intereses la circunstancia que permita darle trámite de acción colectiva o de grupo a la protección de estos intereses individuales. Antes de expresar nuestra opinión sobre la propuesta del proyecto, examinemos someramente qué establece el derecho brasileiro sobre el particular.

39 El Consejo de Estado conoció de la apelación de los autos que rechazaban la demanda por falta de condiciones uniformes y estableció que tales condiciones no dependían de los contratos de mutuo sino del cobro ilegal de intereses. Consejo de Estado, Sala Plena. Auto del 8 de septiembre del 2000, C. P.: DELIO GÓMEZ LEIVA, y Sección Primera. Auto del 1.º de febrero de 2001, C. P.: GABRIEL EDUARDO MENDOZA.

40 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Auto del 28 de octubre de 1999, C. P.: JAVIER DÍAZ BUENO.

41 Consejo de Estado, Sección Cuarta. Auto del 1.º de marzo del 2002, C. P.: MARÍA INÉS ORTIZ BARBOSA.

42 Corte Constitucional. Sentencia C-569, cit.

B. El origen común de los intereses homogéneos en el derecho brasileiro

Las precisiones de lo que se debe entender por origen común no han sido exclusivas del ordenamiento colombiano, también tenemos algunas referencias doctrinales en el derecho brasileiro⁴³, en donde paulatinamente se ha venido abriendo camino la posibilidad de implantar el análisis que está establecido para el juez anglosajón sobre la prevalencia o predominancia de las cuestiones comunes y la superioridad de las mismas⁴⁴.

En este orden de ideas los diseñadores del Anteproyecto consideran conveniente incluir en la legislación modelo para Iberoamérica estos instrumentos, que en nuestra opinión son necesarios porque le permiten al juez buscar la efectividad de la sentencia, pero siempre y cuando se otorguen al juez elementos objetivos para determinar ese origen común, elementos que a su vez brinden seguridad a los particulares.

C. Necesidad de delimitar con mayor precisión el concepto de origen común

Consideramos que se hace necesario que una codificación modelo especifique con mayor precisión el concepto de origen común para ayudar al juez a determinar tal elemento en cada caso concreto. No defendemos ni acusamos la llamada creatividad judicial o discrecionalidad judicial *per se*; sabemos que el juez no puede limitarse a ser la boca de la ley, pero a la discrecionalidad se debe acudir cuando el juez se encuentra avocado a resolver un caso que desborda el alcance de las normas existentes. En fase de codificación no se debería dotar al juez de poderes discretionales tan amplios si existe la posibilidad de regular aspectos específicos.

La historia de los fenómenos jurídicos tiene momentos de creación jurisprudencial y de creación legal, y el sólo hecho de que el evento que nos convoca tenga como uno de sus propósitos discutir un proyecto de codificación modelo indica que la materia de los intereses colectivos ha llegado a un punto en que pide precisar legalmente sus contenidos; para el efecto la experiencia judicial orienta a los juristas de cada país sobre las cuestiones concretas (supuestos de hecho) que pueden ser reguladas con normas hechas *ad hoc*.

Brasil cuenta con una experiencia superior a una década en materia de protección colectiva de intereses individuales homogéneos, por su parte Colombia ya suma un lustro de haber incorporado esta institución; en los dos casos se ha

43 K. WATANABE advierte que "el origen común no significa, necesariamente, una unidad factual o temporal": *Código Brasileiro de defesa do consumidor*, Rio de Janeiro, 1999, 724.

44 A. PELLEGRINI. "Dalla class action for damages all'azione di classe brasiliana (i requisiti di ammissibilità)", *Rivista di diritto processuale*, genio-marzo, 2000, 1068 y ss.

tomado como fuente la experiencia norteamericana. La duda que nos asalta en este momento es si, habida cuenta de la tradición que ya tenemos como países latinoamericanos, vale la pena adoptar la fórmula norteamericana de prevalencia y utilidad de los aspectos comunes, o si, más bien, sería conveniente evaluar la propia experiencia que hemos acumulado con la institución y con base en ella intentar crear normas del Código Modelo⁴⁵.

Las dificultades interpretativas de la experiencia colombiana, apenas señaladas, muestran la necesidad de precisar que las condiciones uniformes (origen común en el Anteproyecto), cuando existe un incumplimiento de un número plural de contratos diversos, son determinadas justamente por ese incumplimiento, ese es el hecho que genera la conciencia de grupo, o en términos del Anteproyecto, el que otorga el origen común del interés individual homogéneo.

Pero no quisiéramos aparecer con una negativa rotunda a aprovechar la experiencia norteamericana, de donde justamente se tomó la institución jurídica de las *class actions*; si miramos algunas manifestaciones de la doctrina de ese país se encuentra una frecuente queja o preocupación por la incertidumbre que existe sobre la aplicación que los tribunales hacen de la prevalencia y superioridad de los aspectos comunes en relación con los productos defectuosos⁴⁶. La experiencia judicial norteamericana puede aprovecharse para que codifiquemos, conforme a nuestra tradición, normas que regulen hipótesis sensibles en nuestro propio ordenamiento.

Si tomamos estos dos síntomas, podríamos elaborar como hipótesis que existen dos grandes campos que requieren de una reglamentación específica. El tema de la responsabilidad por productos defectuosos y el de la responsabilidad por productos nocivos para la salud.

Existen acciones que son admitidas sin dificultad por los jueces, cuales serían aquellas generadas en un acto que tiene efectos sobre una multitud de sujetos, como en el caso del accidente aéreo. Pero dentro de este mismo esquema de un acto que genera daños de la misma especie a muchos sujetos, podríamos encontrar el evento del producto contaminante que vertido en un río, o simplemente esparcido en el aire, causa una enfermedad o varias enfermedades a un número indeterminado de personas; en estos casos podría negarse la uniformidad, o el

45 Sobre todo teniendo en cuenta que la fórmula de la *rule 23* ha sido criticada dentro de la misma doctrina norteamericana, por considerarla fuente de demasiadas incertidumbres y por sacrificar la protección sustancial de los consumidores. Cfr. en este sentido S. ISSACHAROFF. "The Vexing Problem of Reliance in Consumer Class Actions", en *Tulane Law Review*, junio de 2000, 1633 y ss.; también se puede consultar M. FELDMAN. "Predominance and Products Liability Class Actions: An Idea whose Time Has Passed?", *ibíd.*, 1620 y ss.

46 Para conocer los casos en que se han negado y admitido la superioridad de la prevalencia de las cosas comunes cfr. *ibíd.*, 1625 y ss.; también PELLEGRINI. "Dalla class action for damages all'azione di classe brasiliana", *cit.*, 1075 y ss.

origen común, so pretexto de que podrían existir casos de miembros del grupo que hubiesen adquirido la enfermedad por razones concurrentes y por lo tanto la acción no podría tramitarse colectivamente.

1. La adquisición de productos defectuosos

El caso típico es el de la adquisición en un gran supermercado donde el consumidor compra el producto. Podría alegarse la necesidad de probar que el consumidor tuvo la precaución de verificar el funcionamiento del producto previamente a la adquisición o que el defecto podría ser consecuencia de una inadecuada instalación. Son, todos éstos, matices que minan al predominio del interés común y que en Norteamérica han servido para que en la mayoría de los casos no se certifique como acción de clase las demandas presentadas.

2. Los efectos de un producto nocivo para la salud

Los eventos que se pueden ubicar en esta categoría van desde la silicona puesta en cirugías estéticas hasta las sustancias esparcidas en el ambiente por una empresa, que generan enfermedades en un determinado territorio. En estos dos eventos se ha venido estableciendo la falta de predominio de las cuestiones comunes pues los jueces otorgan mayor importancia a las condiciones de cada persona que se sometió a la cirugía, o a la predisposición genética de cada uno de los miembros del territorio que presentan la hipotética enfermedad, o a las causas concomitantes al acto contaminante que pudieron haber generado también el malestar de la salud.

Propondríamos identificar dos aspectos que a nuestro juicio podrían ser codificados: el primero es que si el interés homogéneo invocado es lesionado por un producto defectuoso, se prescriba que los aspectos comunes se determinan en razón de la identidad del producto, no del tipo de defecto. El segundo es que tratándose de productos nocivos para la salud se exija únicamente identidad en el producto, identidad de enfermedad o enfermedades, pero que no se tenga en cuenta las condiciones personales de los miembros del grupo o cualquiera otra eventual causa concomitante. La carga probatoria de las eventuales causas concomitantes estaría a cargo de la parte demandada, por haber sido ella la creadora del riesgo; de esta forma se estaría garantizando que se beneficie el grupo de las ventajas del trámite colectivo de la acción.

Podría argumentarse, en contra del anterior planteamiento, que no resulta coherente adelantar un proceso donde existe diversidad de potenciales causas de una enfermedad, pues el trámite colectivo pondría en situación de desventaja al demandado, que tendría que incluir en el grupo como personas beneficiarias de la indemnización aquellas que potencialmente estaban sujetas a otras causas, sin que se probara la relación de causalidad entre el hecho dañoso producido por ese demandado y la enfermedad generada en cada uno de los miembros del grupo.

Ante tal objeción creemos que las consideraciones hechas por la doctrina italiana acerca de la prueba del hecho colectivo⁴⁷ y el papel de las pruebas estadísticas en las acciones de clase nos puede ser útil. En efecto, GIUSSANI⁴⁸ plantea que la prueba estadística sirve para probar la relación de causalidad ante la complejidad del hecho colectivo. En un grupo en que resulta imposible determinar las condiciones de salud de todos los miembros, la estadística arrojaría una variación matemática que permite al juez determinar si el porcentaje de enfermedades que afecta al grupo pudo haber tenido una causa distinta al hecho dañoso endilgado al demandado: si esta variación es superior al 50%, entonces prosperará la demanda colectiva, en cambio, si es inferior, la sentencia negará las pretensiones de la demanda colectiva⁴⁹.

El planteamiento choca con el tradicional concepto de indemnización pecuniaria en la indemnización de perjuicios, pero el mismo ya ha venido siendo cuestionado por la doctrina en otros sentidos. Se advierte que el daño ya no es personal en el sentido que el beneficiario de la indemnización puede ser una persona distinta a quien efectivamente sufrió el daño⁵⁰. En Italia, hace más de dos décadas, se avizoraba que, con ocasión de la revaloración de los intereses colectivos, la responsabilidad civil había dejado de tener un trasfondo propietario y que se tendría que variar la técnica resarcimiento⁵¹.

Todos estos antecedentes ocurridos en el derecho sustancial nos muestran cambios radicales en el régimen de la responsabilidad y nos permiten hacer la siguiente reflexión: en primer lugar, que en materia sustancial se ha venido paulatinamente reconociendo que los daños deben ser indemnizados por aquél que esté en mayor posibilidad de soportarlos.

En segundo lugar, con el fin de que estos cambios se hagan efectivos en el proceso, creemos que, de la misma manera que hace 30 años la doctrina italiana

47 Sobre la prueba del hecho colectivo cfr. M. TARUFFO. *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992, 126 y ss.

48 A. GIUSSANI. "La prova statistica nella class actions", *Rivista de diritto processuale*, 1989; en la doctrina colombiana ha tratado el tema J. PARRA. Ob. cit., 66 ss.

49 GIUSSANI. Ob. cit., 1047 y ss. A propósito de la función de la prueba estadística para la verificación del nexo causal en los procesos que involucran grande número de personas dice: "Los obstáculos a la commensurabilidad de los conceptos jurídicos y científicos de causalidad parecen por esto superables esencialmente en el cuadro de una aproximación que renuncie a la exclusión cierta de la incidencia de factores concurrentes, en favor de la credibilidad de la mera relación estadísticamente significativa" (trad. libre). Si bien es cierto el autor se refiere a las acciones de clase norteamericanas, los comentarios nos parecen válidos para Latinoamérica, particularmente para Brasil y Colombia que, con diversos matices, han incorporado este tipo de acciones en sus ordenamientos.

50 J. C. HENAO. *La defensa de los derechos colectivos y de los de grupo en la responsabilidad civil del Estrado en derecho colombiano y francés*, Madrid, 2003. En general sobre el derecho de daños cfr. F. HINESTROSA. "El devenir del derecho de daños", en *Roma e America. Rivista di diritto romano comune*, 10, 2000.

51 S. RODOTÀ. "Proprietà e industria. Variazioni intorno alla responsabilità civile", en *Pol. dir.* 1978, 413-433, ahora en AA. VV. *Analisi economica del diritto privato*, Milano, 1998, 278 y ss.

comenzó a advertir al mundo jurídico del *civil law* sobre la necesidad de cambiar los esquemas procesales individualistas, y se identificó la necesidad de hacer cambios en la legitimación, en los efectos de la cosa juzgada, podríamos ahora preguntarnos si debemos hacer cambios sobre el papel de las pruebas estadísticas dentro del proceso colectivo, para superar las dificultades probatorias de la relación de causalidad respecto del daño sufrido por un grupo de personas; se estaría dotando así de herramientas procesales a la protección sustancial que se pretende dar al consumidor y en general al individuo que se torna la parte cada vez más débil, ante la posibilidad, cada vez mayor, de que agentes poderosos ocasionen daños en masa.

Nos parece que de esta forma se cumpliría el objetivo que originariamente buscan las acciones colectivas, de otra forma se restringe su función y, lo que es más peligroso, la sociedad podría tener la sensación que la prosperidad de la acción, o mejor, de la admisión de la misma, depende del estado de ánimo del juez, que con normas de textura abierta siempre encontrará argumentos retóricos ya para negar, ya para admitir las demandas.