



JUAN CARLOS HENAO PÉREZ
De tal derecho lesionado, tal acción





“De tal palo, tal astilla”, reza con sobrada razón uno de nuestros refranes más populares. Se explica, con sabia simplicidad, que una consecuencia ha de gozar de las mismas características del origen del cual proviene. Igual ocurre con el fenómeno del daño y de la acción. El daño, entendido como lesión de un derecho, caracteriza a la acción. Eso es lo que nos proponemos demostrar en el presente escrito.

Así, el punto de partida consiste en afirmar que el derecho lesionado por el daño, la forma de proceder a su reparación, restablecimiento, resarcimiento o indemnización, y, el destinatario de la misma, son los elementos que determinan la distinción de las acciones contencioso-administrativas. Es decir, para decidir qué acción debe ser utilizada, se habrá de constatar qué derecho se repara, a quién, y cómo se otorga la indemnización. El daño se convierte así en el elemento definitorio de las acciones judiciales contenciosas.

Para admitir una hipótesis tal, se ha de partir de que “la responsabilidad civil es la obligación de resarcir el daño causado a una persona”¹. Pero esta definición debe ser explicada con más detalle para determinar hasta dónde llega el alcance de lo que significa “resarcir el daño causado”. Puede ocurrir que se considere que sólo cubija daños consumados, pero también, que implica aquellos cuyo inicio o amenaza tiende, inevitablemente, a agravar la situación que soporta el derecho conculcado. También puede suceder que se piense que sólo opera cuando la indemnización es dineraria, a exclusión de otras formas de resarcimiento. Así mismo puede darse que se conciba que sólo cubija daños individuales, a diferencia de los colectivos.

Es por ello necesario, antes de desarrollar cada uno de los elementos enunciados como determinantes de las acciones –qué derecho se lesiona, a quién se indemniza y cómo se indemniza– (2.^a parte), hacer unas consideraciones generales, para explicar lo que entendemos debe ser el cubrimiento de la responsabilidad civil (1.^a parte). Las dos partes anteriores permitirán aplicar los criterios enunciados a nuestro esquema contencioso (3.^a parte).

1 Consejo de Estado colombiano, Sección Tercera, 6 de agosto de 1999, C. P.: HOYOS DUQUE, actor: DAVEIBA VALANTA, expediente 12901, Copiadores de la Sección Tercera, t. 399, fl. 177. Se anota la concordancia con la definición del maestro HINESTROSA: “En derecho civil (la responsabilidad) significa, más genéricamente, la obligación que pesa sobre alguien de resarcir un daño causado por acto propio o de otra persona por quien está legalmente llamada a responder. Acá, bien se ve, responsabilidad quiere decir que el deber de prestación es coercible”. FERNANDO HINESTROSA. *Tratado de las obligaciones. Concepto. Estructura. Vicisitudes*, t. 1, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 73.

PRIMERA PARTE
EL CUBRIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Partimos de que, para que la responsabilidad civil pueda ser declarada, se deben presentar tres elementos: que el daño, como lesión de un derecho, exista; que el mismo se pueda imputar a una persona diferente del lesionado y, finalmente, que aquella tenga el deber de reparar. Bajo esta concepción se admite, tanto que se pueden causar daños sin que exista la obligación de reparar, como que, para que ésta nazca, deben estar presentes los tres elementos mencionados. El primero de ellos es el daño, puesto que su reparación es el objeto de la responsabilidad civil. Es un elemento constante y su inexistencia supone que ni siquiera haya necesidad de pasar al segundo elemento, porque si nada se ha lesionado, nada se puede imputar. Pero su presencia no es suficiente para que se declare la responsabilidad civil. Es menester, además, que la lesión del derecho sea imputable a una persona distinta de quien la sufrió, la cual, dependiendo del régimen aplicable —falta del servicio, riesgo, igualdad ante las cargas públicas, enriquecimiento sin justa causa, etc.—, tendrá la obligación de resarcir.

Según se conciban los elementos descritos, en particular el daño, se llegará a conclusiones diferentes respecto del cubrimiento de la responsabilidad civil. Es llamativo que en la mayoría de libros dedicados a la materia, no se estudian ni las formas de reparación de los daños colectivos ni las maneras de restablecer las situaciones alteradas en daños no consumados². Se llega incluso, por algunos autores, a dudar de la procedencia de la indemnización de daños de naturaleza no pecuniaria³ o a considerar que, “mediante la indemnización del daño moral se impone una pena privada”⁴ que cambia la naturaleza de la responsabilidad civil. Bajo tales posiciones se excluye del ámbito la responsabilidad civil, erradamente en nuestra concepción, el estudio de la acción de tutela o de la popular, y se deja al garete la indemnización de los daños no pecuniarios así como una función más amplia de la responsabilidad civil.

La mencionada situación se explica, como lo veremos a continuación, desde el momento en el cual se intenta la definición de daño y el paso subsiguiente de su reparación.

-
- 2 Es el caso, por ejemplo, de la reciente obra francesa dedicada al tema: CHRISTINE CORMIER. *Le préjudice en droit administratif français. Étude sur la responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques*, LGDJ, BDP, t. 228, Paris, 2002.
 - 3 Cfr., por ejemplo, JACQUES MOREAU. *Droit administratif*, Paris, PUF, 1989, cuando, comentando en la p. 404 el fallo que por primera vez admitió el daño moral en Francia, afirma que “¡no es evidente que este cambio sea un progreso!”.
 - 4 XAVIER PRADEL. *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, LGDJ, Paris, Bibliothèque de Droit Privé, t. 415, 2004, p. 117. El autor analiza dicha perspectiva, para criticarla.

I. LA DEFINICIÓN DE DAÑO

La definición usual y aceptada por la doctrina consiste en afirmar que daño es la lesión de un derecho⁵. Esta definición parte de una de las frases más evocadoras de la responsabilidad civil, que no nos cansamos de recordar, debida al profesor DE CUPIS y según la cual, “lo que el derecho *tutela*, el daño vulnera”⁶. En esta definición lo esencial es que a la víctima se le lesione un derecho o al menos una situación jurídicamente protegida, porque si la lesión no es sobre un derecho o sobre una tal situación, no hay daño⁷.

Pero esta definición, cuando es desarrollada por el autor en su extraordinaria obra, limita, en nuestro entender, el alcance de la responsabilidad civil.

De una parte, el autor excluye los derechos colectivos y sólo estudia los individuales. En efecto, en el capítulo dedicado a “los sujetos activo y pasivo de los efectos jurídicos del daño”, que debe ser leído en consonancia con aquel dedicado al “objeto del daño”, se toma una postura donde se considera que, cuando el daño lesiona un interés público –daño público– se vuelve daño criminal (p. 115), el cual “se contrapone al *daño privado* (llamado también *civil*), cuyo objeto es el *interés privado*” (p. 116). Esto supone que, posteriormente, al estudiar el alcance de la responsabilidad civil desde la perspectiva de quiénes pueden considerarse afectados, afirma: “para el derecho privado *perjudicado* es aquel que sufre un daño en su propio interés privado, directamente tutelado; todo aquel que experimenta el daño en sentido jurídico se llama perjudicado, por lo que puede invocar a su favor la responsabilidad, por ser sujeto activo de la obligación resarcitoria” (p. 599). De donde resulta que si es el interés privado el único que caracteriza el daño en la responsabilidad civil, el interés público queda, erradamente, por fuera de su dominio.

De otra parte, cuando estudia los modos de reparación –admitiendo que se pueden reparar tanto la lesión de un interés patrimonial como de uno “extra-patrimonial”–, advierte que para éstos últimos el juez debe llegar:

-
- 5 Cfr., a nivel de ejemplo, FERNANDO HINESTROSA. *Derecho de obligaciones*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1967, p. 529: “daño es lesión del derecho ajeno consistente en el quebranto económico recibido, en la merma patrimonial sufrida por la víctima, a la vez que en el padecimiento moral que la acongoja”; JEAN-LOUIS AUTIN y CATHERINE RIBOT. *Droit administratif général*, Paris, Litec, 3.^a ed., 2004, p. 300: “Daño es la afrenta infligida a los intereses legítimos y a los derechos de una persona”.
- 6 ADRIANO DE CUPIS. *El Daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, ÁNGEL MARTÍNEZ SARRIÓN (trad.), Barcelona, Edit. Bosch, 1975, p. 109.
- 7 *Ibid.*, p. 81: “Daño no significa más que nocimiento o perjuicio, es decir, aminoración o alteración de una situación favorable”, haciendo la precisión de que para ser calificada de daño la alteración de la situación favorable “no puede ser más que un interés humano jurídicamente protegido”, p. 109.

... a una cifra dineraria y como la medida pecuniaria del daño no patrimonial escapa siempre a la prueba, no podrá producirse más que por medio del ejercicio de la facultad de justa valoración del juez⁸.

Esta posición se reafirma al estudiar el carácter patrimonial del derecho al resarcimiento, a pesar de que el daño haya recaído sobre un interés no patrimonial. Para el autor, admitido que pueden existir daños “no patrimoniales”, su resarcimiento debe, sin embargo, ser siempre pecuniario —“la apreciación equitativa del juez permite establecer una proporcionalidad entre el daño-interés no patrimonial y una cifra pecuniaria” (p. 765)—, porque el derecho al resarcimiento lo es. Por tanto:

... la obligación que tiene por objeto una prestación no patrimonial, carece de uno de los requisitos establecidos por la ley, y en consecuencia, su incumplimiento no produce un daño resarcible⁹.

Finalmente, respecto de la responsabilidad civil como función preventiva, si bien el autor dedica páginas a su estudio (pp. 572-578), las condiciones para que opere esta forma de responsabilidad también son restrictivas. En efecto, estima que sólo opera cuando se está frente a un “daño irreparable”, esto es, en el cual:

... el resarcimiento aunque jurídicamente sea posible, no se adapta bien a la reparación del daño (piénsese en los daños producidos a los derechos de la personalidad); o encuentra dificultades para determinarlo o para medirlo; o no puede efectuarse en la práctica a causa de la situación económica del responsable¹⁰.

Si bien bajo tales condiciones pueden ingresar múltiples hipótesis, por ejemplo, la mayoría de eventos de nuestra acción de tutela, quedarían, sin embargo, por fuera, posibilidades de nuestro ordenamiento, como aquellas en las que la acción popular es preventiva y no presenta las características exigidas por DE CUPIS. Piénsese en el evento en el cual se suspende una licitación que causará un daño al erario público¹¹, donde ni siquiera se aplica lo que el autor denomina

8 DE CUPIS. *El daño. Teoría general...*, cit., p. 559.

9 *Ibíd.*, p. 177.

10 *Ibíd.*, p. 574.

11 Consejo de Estado colombiano, Sección Quinta, 24 de agosto de 2001, ponente: QUINONEZ PINILLA, AP-100, actor: Procuraduría Provincial de Ibagué. En este evento se ordenó que “suspendan inmediatamente el proceso de concesión de la empresa demandada, hasta tanto se adopten las medidas necesarias para tomar en cuenta los balances y los estados que reflejan la realidad financiera de la empresa y, luego, con base en los mismos, se defina el esquema de gestión empresarial que asegure la prestación eficiente del

“remedio del daño”, que supone haber ya iniciado su desarrollo.

Como se observa de la lúcida exposición de DE CUPIS, que hemos escogido como representante de esta concepción de daño por lo completo y lo límpido de su obra, se mantienen las críticas que ya hemos avanzado a la posición que supone un cubrimiento restrictivo de la responsabilidad civil, por demás reproducida por importante doctrina¹² y por la Corte Europea de Derechos del Hombre¹³. En efecto, no se incluye en su ámbito el estudio de los intereses colectivos, se estima que el resarcimiento de los daños –aún los “no patrimoniales”– se debe resolver pecuniariamente y, finalmente, la faceta preventiva de la responsabilidad es bastante deficiente. Nuestro punto de partida supone que se deben sobrepasar tales talanqueras.

Para lograrlo se propone otra definición, de nuestra autoría, que a pesar de no ser aceptada ni en jurisprudencia ni en doctrina, permite otorgar elementos de discusión sobre el alcance indiscutible de la responsabilidad civil. En ella expresamos que, “daño es la aminoración patrimonial sufrida por la víctima”¹⁴. Tal definición supone, naturalmente, que el patrimonio se compone tanto de derechos patrimoniales como de los mal denominados “extrapatrimoniales”¹⁵, y, desde otro punto de vista, de derechos individuales como de colectivos. Esta

servicio público de acueducto y alcantarillado”. Se observa que ninguna de las tres hipótesis señaladas por DE CUPIS respecto del daño irreparable, serían aplicables al presente caso.

- 12 Es el caso de los hermanos MAZEAUD: “Muy distinta es la responsabilidad civil; supone no ya un perjuicio social, sino un daño privado; la víctima ya no es toda la sociedad, sino un particular”. *Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil y delictual*, t. I, vol. I, Buenos Aires, EJEA, 1977, p. 7.
- 13 CHRISTINE CORMIER. *Le préjudice en droit administratif français. Étude sur la responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques*, LGDJ, 2002, p. 5. “El derecho a reparación de un daño causado por el poder público es un derecho civil por tener un contenido patrimonial”. Cfr. en el mismo sentido: CHRISTIAN DEBOUY. “Le droit français de la responsabilité administrative: métamorphose ou permanence?”, en *Les métamorphoses de la responsabilité*, PUF, 1997, donde se puede leer, en la p. 269: “En el mismo sentido la Corte Europea de Derechos del Hombre considera, en aplicación del artículo 6.º de la Convención, que el derecho a reparación de un daño causado por el poder público es un derecho civil por el hecho de su incidencia patrimonial”.
- 14 *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad civil extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 84.
- 15 Traemos a colación la siguiente frase, que nos honra, del profesor JAVIER TAMAYO JARAMILLO: “La segunda observación nuestra en relación con las opiniones del profesor HENAO, radica en que el citado autor en su definición sólo habla de la disminución patrimonial de la víctima, mientras que nosotros hablamos de disminución patrimonial o extrapatrimonial. Sin embargo, sólo es un juego de palabras pues para el autor comentado, el patrimonio está compuesto por todos los derechos de la víctima, sean económicos o no. En cambio, nosotros denominamos patrimonio a los bienes de naturaleza económica, por contraposición a los bienes no económicos a los cuales denominamos como extrapatrimoniales. Creemos que realmente tiene una mayor precisión conceptual la terminología utilizada por el doctor HENAO. Sin embargo, preferimos continuar con la distinción entre daños patrimoniales y extrapatrimoniales, dada la terminología históricamente utilizada por nuestra doctrina y jurisprudencia”. *De la responsabilidad civil*, t. IV, De los perjuicios y su indemnización, Bogotá, Temis, 1999, p. 12.

definición permite concebir al ser humano en todas sus características esenciales, pues expresa tanto su faceta individual –no sólo económica– como la colectiva, que también le es propia.

Con independencia de que se esté de acuerdo o no con nuestra posición, lo importante es que pretende dar realce a los derechos no pecuniarios, puesto que al aceptarlos como derechos inmersos en el patrimonio, se impide que la procedencia de su indemnización sea siquiera cuestionada. Debemos recordar que la indemnización de este tipo de daños es reciente¹⁶, al menos en la historia moderna, lo cual no ocurre con los daños “patrimoniales”, precisamente porque se impuso durante siglos la concepción de que la indemnización de aquellos era “inmoral”. Nada garantiza que ello pueda volver a ocurrir o que al menos se diseñen políticas restrictivas a su reconocimiento. Sólo aceptando que el derecho dañado pertenece al patrimonio –como las correlativas obligaciones que supone su resarcimiento–, se impiden políticas o líneas jurisprudenciales que dejen sin protección o mengüen desproporcionadamente tales derechos. A pesar de que se admita que a los perjuicios no pecuniarios no se les aplica la regla de la indemnización plena¹⁷, precisamente por la imposibilidad de tener una equivalencia medible, y así se acepte que:

... la Constitución Política no define ni precisa el concepto de reparación integral, (razón por la cual) es al Congreso de la República, en desarrollo de la libertad de configuración política, a quien compete regular técnicamente ese régimen de responsabilidad, las modalidades del daño y todo lo relacionado con los métodos para cuantificarlo¹⁸.

Se advierte que en virtud de tal libertad de configuración legislativa, “las limitaciones admisibles no pueden desnaturalizar el derecho a la indemnización justa y plena”¹⁹. Es decir, aún en el evento de indemnización de perjuicios no

16 Corte Suprema de Justicia Colombiana, Sala Civil, 21 julio 1922, M. P.: TANCREDO NANNETTI, *Gaceta judicial*, t. XXIX, n.º 1515, p. 219. Abogado recurrente: JULIÁN RESTREPO HERNÁNDEZ.

17 Citamos la siguiente afirmación de Mme. VINEY y de Mr. MARKESINIS: “Pretender aplicar la ‘reparación integral’ a daños como el dolor moral o el sufrimiento físico o moral, comprendido el que resulta de la muerte de un próximo, el perjuicio a la vida de relación (*loss of amenities of life*) o el perjuicio estético, es evidentemente una ilusión. Se trata en efecto de perjuicios que, por definición, no tienen incidencia económica y que por tanto no se pueden traducir en términos monetarios. Decir que se ‘reparan’ con el pago de una suma de dinero es, de todas formas, inexacto, pero afirmar que la reparación debe ser ‘integral’, es decir, equivalente a la real medida del perjuicio, es sencilla y simplemente un sin sentido”, en *La réparation du dommage corporel. Essai de comparaison des droits anglais et français*, Paris, Económica, 1985, p. 139.

18 Corte Constitucional, Plenaria, 21 de octubre de 2003, C. P.: ESCOBAR GIL, actor: NÉSTOR RAÚL CORREA HENAO, sentencia C-965 de 2003, expediente D-4539.

19 Corte Constitucional, Plenaria, 29 de octubre de 2002, C. P.: CEPEDA ESPINOSA, actor: CAMILO ANDRÉS BARACALDO, sentencia C-916 de 2002, expediente D-4020.

pecuniarios el legislador debe tener en cuenta que su libertad de configuración no es absoluta y que no puede llevarlo a su negación, porque ello supondría admitir la inexistencia del derecho.

De otra parte, si aceptamos que los derechos colectivos también están insertos en el patrimonio del individuo, se promueve la participación democrática sobre los mismos, que compartimos, como ocurre en Colombia donde la acción popular es un ejemplo típico, procesalmente hablando, de derecho subjetivo. De esta manera, el individuo tendría en su patrimonio derechos a preponderancia individual y derechos a preponderancia colectiva, con régimen distinto si se quiere –los primeros serían apropiables–, pero todos predicables de su personalidad. Nuevamente, no queda al vaivén político o jurisprudencial excluir la participación de los individuos en la suerte de situaciones que les atañen esencialmente, como ocurre en múltiples países en los cuales la defensa de los derechos colectivos sólo puede ser hecha por el Estado. Es el caso de Argentina en donde, según la autorizada voz de MARIENHOFF:

... la acción popular no debe instituirse, porque sería ‘inconstitucional’: vulneraría el artículo 22 de la Ley Suprema, en cuanto dicho texto establece que el pueblo no gobierna sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución [...] Si una autoridad pública, en ejercicio de la competencia funcional, dicta un acto disponiendo o autorizando determinada medida, y luego una persona del pueblo, o un grupo de esas personas, alegando que dicha medida no le parece satisfactoria, se presenta ante un juez del Poder Judicial pidiendo que dicha medida sea dejada sin efecto, anulándose el acto administrativo que la dispuso, y el juez hace lugar a ello ¿quién gobierna, o quién ha gobernado en la especie, la autoridad pública que emitió el acto disponiendo la medida, o la persona o grupo de personas del pueblo que, ejercitando una acción que no les compete, porque tal acción no es otra cosa que una ‘acción popular’ –inexistente entre nosotros–, logran que la medida administrativa de referencia sea dejada sin efecto, anulándose el respectivo acto administrativo?²⁰.

Es claro que nuestro sistema jurídico no coincide con lo narrado por el profesor MARIENHOFF. Al contrario, una posición como la colombiana, aunque ciertamente rara en términos de derecho comparado, expresa de manera interesante la naturaleza social esencial al ser humano y su influencia en la democracia participativa, con lo cual repercute necesariamente en la definición de patrimonio y de derechos subjetivos a ésta aparejada. Si se afirma que la posición colombiana es extraña en términos de derecho comparado, es porque, por ejemplo, en la

20 MIGUEL S. MARIENHOFF. “La legitimación en las acciones contra el Estado. Acción popular. Interés simple. Interés difuso. Acto administrativo discrecional”, en *El contencioso administrativo y la responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Edit. Abeledo-Perrot, 1988, p. 80.

mayoría de países europeos no se parte de una concepción como la nuestra, ni se admite la acción popular. Al contrario, en la mayoría de éstos países la defensa de los intereses públicos pertenece prioritariamente al Estado y subsidiariamente a los ciudadanos, por ejemplo, solicitando a las autoridades administrativas que intervengan ante determinados daños. Se es conciente que estas posiciones contrarias resaltan una profunda discusión del derecho constitucional y de la ciencia política. Es por ello que no se puede caer en el facilismo de afirmar que aquellos países que tienen una acción popular son necesariamente más democráticos. El hecho de centralizar la defensa de los derechos colectivos en el Estado, con todo lo que ello supone a favor de la democracia representativa y sus canales políticos de conformación, no es en sí mismo negativo. Sería absurdo afirmar que países como Francia o España no son países democráticos y al contrario se estima que, por su formación histórica, han supuesto darle mayor importancia a lo político sobre lo jurídico, razón por la cual muchos de los debates que en Colombia se hacen ante el juez en aquellos países se hacen en manifestaciones en las calles y en las urnas. Son pues dos posiciones diferentes y es por ello que la escogencia que de uno u otro sistema se haga y el alcance que se quiera dar al nivel de participación de los asociados, es una decisión política. Pueden haber tanto “derechos” que sólo se reclamen políticamente, como derechos que también permiten la reclamación judicial. Ese es un debate de tipo político y constitucional sobre el cual ya se ha tomado partido en Colombia, donde es claro que las acciones populares han supuesto que el estamento político ha dado a todo ciudadano la posibilidad de participar en la protección y defensa de los derechos colectivos, ampliando la democracia participativa y de paso planteando de manera novedosa la separación de poderes.

Consideramos además que, definir daño como aminoración del patrimonio, permite solventar una contradicción de la cual no se puede escapar en interpretaciones como la ya expuesta de DE CUPIS. En efecto, si la responsabilidad civil es la obligación de resarcir un perjuicio y si las obligaciones sólo pueden tener un contenido económico²¹, no se puede aceptar que haya responsabilidad civil que genere obligaciones sin dicho contenido, porque estas no podrían ser calificadas como tales. La responsabilidad civil no generaría entonces una obligación, con lo cual sería falsa la definición que de aquella se da. Ya hemos dicho con DE CUPIS que, “la obligación que tiene por objeto una prestación no patrimonial,

21 Dice el artículo 1142 del Código Civil francés: “toda obligación de hacer o de no hacer se resuelve en *dommages-intérêts*, en caso de inejecución de parte del deudor”. En similar sentido, aunque no idéntico, pues no expresa la generalidad del precitado artículo francés, enuncia el artículo 1731 del Código Civil colombiano: “Si el cuerpo cierto perece por culpa o durante la mora del deudor, la obligación de éste subsiste, pero varía de objeto; el deudor es obligado al precio de la cosa y a indemnizar al acreedor”.

carece de uno de los requisitos establecidos por la ley, y en consecuencia, su incumplimiento no produce un daño resarcible”. Esta posición de principio, propia al derecho de obligaciones, supone que:

... la prestación puede ser directamente monetaria y, no siéndolo, su patrimonialidad o su posibilidad de conversión en dinero, que son expresiones sinónimas, quiere decir, simplemente, que, así sea con dificultad, es factible tasar pecuniariamente el bien o el servicio en cuestión, esto es, establecer el equivalente pecuniario de la prestación²².

Bajo este entendido, la lesión de un derecho “extrapatrimonial” pasaría mágicamente a ser “patrimonial”, en el sentido de lo pecuniario, cambiando así la naturaleza del débito primario, lo cual no se comparte. De igual manera habría que aceptar que, cuando la responsabilidad civil supone una reparación sin contenido económico, no generaría una obligación, es decir, no llevaría a la reparación de la lesión del derecho²³, lo cual tampoco se comparte. Se llega así, por tanto, en esta postura, a una contradicción con la definición aceptada de responsabilidad civil —como obligación de resarcir el daño—, puesto que es inadmisibles aceptar, de una parte, que sólo es obligación aquella que se termina resolviendo por una prestación pecuniaria y, de la otra, que se puede indemnizar sin equivalente dinerario la lesión de derechos no pecuniarios. Como lo veremos, esta postura tiene profundas repercusiones sobre las formas reparatorias y sobre la concepción de los derechos, ya que existen obligaciones, por lo pronto en derecho administrativo, que no son susceptibles de trastocarse en dinero²⁴. Si bien se es consciente de que nuestra postura podría ir en contra del enunciado que apunta al necesario respeto de la libertad humana y que ha permitido de vieja data afirmar en un adagio inglés: *one can bring a horse to the*

22 HINESTROSA. *Tratado de las obligaciones. Concepto...* cit., p. 286.

23 Piénsese, por ejemplo, en el fallo de la CIDH, en el caso “niños de la calle” (caso Villagrán Morales y otros vs. Guatemala), sentencia del 26 de mayo de 2001, en donde se condenó al Estado a bautizar un colegio con el nombre de los niños asesinados y a colocar una placa en su nombre. No se ve por dónde dicha obligación tiene un tinte pecuniario, salvo si se llegare al absurdo de estimar que la placa o el nombre a colocarse, tienen por esencia un valor de mercado. La pregunta entonces es simple: ¿tiene el Estado la “obligación” de colocar la placa y de dar un nombre exacto al colegio?

24 Remitimos a nuestro ensayo: “La falla del servicio como violación de un contenido obligacional a cargo de una persona pública en derecho colombiano y derecho francés”, en *Estudios de derecho civil. Obligaciones y contratos*, t. II, libro homenaje a Fernando Hinestrosa, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 65: “En segundo término, es discutible en derecho administrativo el que la prestación tenga que ser susceptible de valoración pecuniaria, en la medida en que pueden existir hipótesis en las que la indemnización en caso de incumplimiento se honre sólo con el cumplimiento de la obligación primaria, que en sí puede no tener equivalente pecuniario (piénsese, por ejemplo, en la no expedición de una cédula de ciudadanía o de un pasaporte a un ciudadano, que por atacar derechos constitucionales fundamentales desata los poderes ya vistos del juez de tutela)”.

fountain, but nobody can make him drink water (se puede llevar un caballo a la fuente pero no obligarlo a beber el agua), o, en uno latino, *Nemo praecise cogi potest ad factum* (nadie puede ser obligado directamente a hacer algo), persistimos, sin embargo, en considerar que el enunciado no es aplicable al derecho administrativo, caracterizado precisamente por el principio de legalidad de las actuaciones administrativas, donde no está en juego la libertad individual.

De igual manera, una posición como la aquí sugerida, permite entender de manera correcta el problema de los derechos subjetivos. A pesar de que en esta ocasión no nos centraremos en el estudio del escurridizo concepto²⁵, podemos afirmar que, aceptando que el ser humano tiene en su patrimonio tanto derechos individuales –no sólo pecuniarios– como colectivos, se sobrepasa la concepción, que se considera errada, en virtud de la cual, cuando se ejerce un derecho subjetivo necesariamente se está defendiendo una posición egoísta e individualista. La prueba de ello es la acción popular y la de simple nulidad, en las cuales, a pesar de que se puede afirmar que el individuo tiene un derecho subjetivo sobre el interés colectivo, la indemnización que del mismo se obtiene no redundará en la faceta individual de la persona, sino en su faceta colectiva. Aunmas, con independencia de lo que se entienda por derechos sociales, económicos y culturales, en el sentido de si constituyen derechos individuales o colectivos, no se puede afirmar, como lo hace ATRIA según el análisis de BERNAL PULIDO, que “los derechos subjetivos protegen posiciones subjetivas individuales”²⁶. Bajo nuestra perspectiva, ello dependerá de lo que en concreto se pida para la protección del derecho lesionado, de la manera como se indemnice y del destinatario de la indemnización, que bien puede ser el individuo egocéntricamente considerado o el individuo en tanto ser colectivo.

25 Baste afirmar que se parte de que el derecho subjetivo es la posibilidad de exigir una prestación de dar, de hacer o de no hacer. Cfr. en este sentido, FERNANDO HINESTROSA. *Tratado de las obligaciones. Concepto...* cit., p. 301: “... el derecho subjetivo implica, latamente, una prerrogativa que la norma concede a alguien frente a otras personas, para la satisfacción de sus intereses, en razón de encontrarse en una situación que justifica dicho amparo dentro de los patrones ético-sociales, y que le permite esperar respaldadamente el respeto o la cooperación ajenos y exigirlos coactivamente si fuera menester, con pretensiones preventivas, restitutorias y resarcitorias, según las circunstancias y su albedrío”; cfr. igualmente: NORBERT FOULQUIER. *Les droits publics subjectifs des administrés. Émergence d'un concept en droit administratif français du XIX au XX siècle*, Paris, Dalloz, 2003, p. 405: “... un administrado es titular de un derecho público subjetivo cuando reúne las condiciones que le permiten ser considerado beneficiario del poder de exigir –reconocido por una norma general o individual, con un objetivo socialmente legítimo, sin que esté obligado a su utilización–, un determinado comportamiento de parte de las personas públicas –lo cual constituye el objeto de su obligación–, para procurar una cierta ventaja moral o material que el sistema jurídico ha, expresa o implícitamente, considerado lícito”.

26 CARLOS BERNAL PULIDO. *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 294.

A pesar de lo dicho en los párrafos precedentes y aún sin que se acepte la definición de daño como aminoración o merma patrimonial sufrida por la víctima, se puede admitir que la responsabilidad civil, en la práctica, “puede llegar” a igual cubrimiento bajo la definición de daño como lesión de un derecho. En efecto, si se concibe, con el profesor NAVIA ARROYO, que:

... es un axioma del derecho moderno que la persona humana es titular de intereses patrimoniales y extrapatrimoniales, titularidad que, como es obvio, se concreta en el reconocimiento por parte del ordenamiento de derechos subjetivos patrimoniales y extrapatrimoniales²⁷.

Se puede llegar al mismo punto. Sin embargo, afirmamos que “se puede llegar”, porque todo dependerá del alcance que se le quiera dar al cubrimiento de la responsabilidad civil y a las políticas legislativas o jurisprudenciales que lo desarrollen. Sería más simple y lógico aceptar que la lesión de todo derecho genera una obligación de reparar, porque todo derecho así como toda obligación, pertenecen al patrimonio del individuo.

II. LA REPARACIÓN DEL DAÑO

El significado de lo que es reparación debe ser precisado, en aras de extraer conclusiones sobre el cubrimiento de la responsabilidad civil. En el lenguaje común, las nociones de reparación²⁸, restablecimiento²⁹, indemnización³⁰ o resarcimiento³¹, tienen rasgos similares que permiten su uso como sinónimas³². Sin embargo, cuando el campo jurídico se apropia de las palabras, la sinonimia de las mismas desaparece. Así, por ejemplo, se entiende por “indemnización”, la “reparación jurídica dineraria de los daños y perjuicios causados por el de-

27 FELIPE NAVIA ARROYO. *Del daño moral al daño fisiológico, ¿una evolución real?*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 15.

28 Según el *Diccionario de la Real Academia Española*, se entiende por tal, el “desagravio, satisfacción completa de una ofensa, daño o injuria”.

29 En el mismo diccionario se define como “acción y efecto de restablecer o restablecerse” y respecto de restablecer se afirma que es “volver a establecer una cosa o ponerla en el estado que antes tenía”.

30 En idéntica obra se afirma que es “acción y efecto de indemnizar o indemnizarse” e indemnizar se define como “resarcir de un daño o perjuicio”.

31 En el mismo diccionario que afirma que es “acción y efecto de resarcir o resarcirse” y resarcir se define como “indemnizar, reparar, compensar un daño, perjuicio o agravio”.

32 De hecho, en el *Diccionario Vox esencial de la lengua española. Sinónimos y antónimos*, Barcelona, Bibliograf, 1995; se observa que, indemnizar equivale a “reparar, compensar, resarcir”; reparar, en la faceta que nos interesa, se equipara a “resarcir, indemnizar, compensar”; restablecer es sinónimo de “reponer, restaurar, reparar” y, finalmente, resarcir es lo mismo que “indemnizar, compensar, reparar, subsanar”.

fectuoso cumplimiento de las obligaciones...”³³, con lo cual se excluyen formas reparatorias que no suponen el dinero.

Dicha definición restringida del concepto “indemnización” no se comparte, y, al contrario, se piensa que no es más que consecuencia de la limitada interpretación del cubrimiento de la responsabilidad civil. Ya hemos anotado en el análisis de la posición de DE CUPIS –quien a pesar de ser italiano se puede asimilar en los conceptos generales a la aproximación francesa–, que se incrustó en la materia una falsa sinonimia entre reparación y dinero. Puesto que se partió de que la responsabilidad civil es una obligación, y puesto que se consideró que su prestación tenía que ser en dinero, se impuso la regla en virtud de la cual la reparación también tenía que ser de la misma especie. En el momento en el cual se aceptó que habían daños sobre derechos de naturaleza no económica, lo cual fue de por sí un gran paso, se definió, sin embargo, que la compensación –se prefirió dejar el término indemnización para lo dinerario– tenía también que reducirse a dinero. Por ello se optó por el discutible concepto de daño “extrapatrimonial” que, a pesar de causarse a un derecho no pecuniario, era, siguiendo en ello el régimen general de las obligaciones, reducible también a dinero. Se sentó así el axioma, falso desde nuestro punto de vista, de que toda indemnización es dineraria.

Esta lógica pasó con mayor ahínco a la responsabilidad civil del Estado. En efecto, el profesor CHAPUS afirma que, aún hoy en día:

... en derecho administrativo, contrario a lo que ocurre en el derecho privado³⁴, el reconocimiento por el juez a la reparación de un perjuicio, se traduce por una condena

33 JOSÉ IGNACIO FONSECA y RAIMUNDO HERRERO. *Diccionario jurídico básico*, Madrid, Edit. Colex, 2002.

34 La diferencia que marca el profesor CHAPUS entre derecho administrativo y derecho privado debe ser interpretada en su exacta dimensión. Para ello hay que recurrir a su tesis doctoral de 1957. En ella, en el número 505 y ss. se dedica al estudio de las formas de reparación. Es allí donde sienta el principio según el cual, “en derecho privado se acepta la regla general del carácter principal de la reparación material (o reparación *in natura* como dicen los autores) [...] posición que no es incorrecta, pero que debe ser precisada porque, en la práctica, la reparación pecuniaria constituye el derecho común de la responsabilidad)” (p. 519). Mas adelante, cuando se centra en el estudio de la ejecución de la obligación de reparar y recordando que, “contra las personas públicas jamás el beneficiario de la condena puede obtener la ejecución forzada” (p. 545), afirma que, en derecho privado, sí es posible, “pero que existen casos en los cuales la ejecución por la fuerza pública no puede vencer la resistencia del responsable, ora porque es el único que puede honrar la obligación, ora porque la ejecución forzada sería contraria a la libertad individual, como en los casos, lo sabemos, de la obligación de hacer o de no hacer, en los cuales se resuelve en *dommages-intérêts* por virtud del artículo 1142 del C. Civ., ora, finalmente, porque la víctima va al juez para pedir que se transforme la obligación de reparación material en obligación de reparación pecuniaria” (p. 545). RENÉ CHAPUS. *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, Paris, LGDJ, 1957. De esta manera, se mantiene incólume el principio de que aún en derecho privado, salvo casos excepcionalísimos en los

a indemnizar la víctima, es decir, pagarle una suma de dinero, constitutiva, según la expresión tradicional, de *dommages-intérêts* —otorgados, en una vez (capital), que es lo más frecuente, o (para ciertos casos de daños corporales) bajo la forma de una renta pagable (por ejemplo), anualmente—³⁵.

Bajo estos supuestos se deja de lado la reparación ajena al medio dinerario, con lo cual se da un golpe certero a la reparación *in natura*, sobre todo de las obligaciones de hacer y sobre todo con el Estado. Pero esta rígida lógica ha entrado en crisis en el propio derecho francés. En efecto, con la promulgación de la ley del 8 de febrero de 1995 que instauró las *injonctions* en el derecho administrativo³⁶, se empieza a desmoronar el concepto que supone que la reparación sólo puede ser dineraria. Lo anterior no impide que, como lo anota el mismo profesor:

... por gravemente herido que se encuentre el principio de la prohibición de establecer órdenes a la administración, no se podría, sin embargo, estimar que tal principio ha sido desechado³⁷.

A diferencia de lo que ocurre y pueda llegar a ocurrir en el derecho francés, Colombia, por el contrario, es un país en el cual la obligación de resarcir el daño por fuera de la mera posibilidad pecuniaria, se encuentra plasmado en la Constitución y en la ley. Baste recordar el artículo 86 constitucional que contempla la acción de tutela³⁸, el artículo 34 de la Ley 472 de 1998³⁹, el artículo 170 del

cuales se faculta al juez a reemplazar al responsable en la ejecución de la obligación (p. ej., la obligación de suscribir documentos contemplada en el art. 501 del CPC col.), la obligación de reparar *in natura* se trastoca en obligación pecuniaria.

- 35 RENÉ CHAPUS. *Droit administratif général*, t. 1, 15.^a ed., Paris, Editions Montchrestien, 2001, p. 1233.
- 36 Cfr., para la explicación de su alcance, entre otros, RENÉ CHAPUS. *Droit du contentieux administratif*, 9.^a ed., Paris, Montchrestien, 2001, pp. 867 y ss.
- 37 *Ibid.*, p. 867.
- 38 Dice en lo pertinente: “La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo”.
- 39 Dice el artículo, en su parte pertinente: “La sentencia que acoja las pretensiones del demandante en una acción popular podrá contener una orden de hacer o de no hacer, condenar al pago de perjuicios cuando se haya causado daño a un derecho o interés colectivo en favor de la entidad pública no culpable que los tenga a su cargo, y exigir la realización de conductas necesarias para volver las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho o del interés colectivo, cuando fuere físicamente posible”. Reiteramos nuestro desacuerdo a la exigencia de que el pago de perjuicios debe hacerse “en favor de la entidad pública no culpable”. Puede ocurrir que la entidad pública sea culpable y, sin embargo, se imponga la reparación del daño, porque no se puede limitar éste al comportamiento de la persona pública que tiene a su cargo el derecho lesionado. En estos eventos, el juez habrá de decretar la excepción de inconstitucionalidad de la norma en comentario o proceder a decretar la indemnización a favor de otra persona jurídica y en todo caso a favor del bien lesionado. Se afirma lo anterior porque, a pesar de que esta exigencia legal fue declarada exequible por la Corte Constitucional, en la parte resolutive de la sentencia del 14 de abril

Código contencioso-administrativo⁴⁰, etc. De entrada, se debe admitir que el pago pecuniario no es la única manera de resolver las obligaciones surgidas con el daño, que vinculan al Estado. Lo que caracteriza nuestro sistema es, precisamente, que las nociones de reparación, restablecimiento, resarcimiento o indemnización, pueden ser utilizadas, ya lo sugerimos, como sinónimos. De hecho, en adelante las utilizaremos indistintamente, puesto que todas ellas llegan al mismo punto: el restablecimiento del derecho lesionado, ya sea de una vulneración consumada o de una en ciernes o en evolución.

Si el pago pecuniario no es pues el único que permite una indemnización, de allí la variedad de acciones contencioso-administrativas⁴¹. La reparación del daño puede operar, entonces, de múltiples maneras, puesto que múltiples son los derechos que pueden ser lesionados y variadas las formas y etapas de su lesión. Todo dependerá de las situaciones jurídicas objeto de estudio. En efecto, es diferente si el daño ya es consumado, a si está en ciernes o en ejecución. La forma de restablecer la situación perturbada cambiará notablemente. De hecho, como se verá, las acciones varían en una u otra hipótesis. En una primera hipótesis, la de daños consumados, se concibe, por ejemplo, la acción de reparación directa o la de nulidad y restablecimiento del derecho o aún algunas facetas de la acción de controversias contractuales, en tanto que para la segunda, la del daño en ciernes o en ejecución, también por ejemplo, se conciben la acción de tutela o algunas facetas de la acción popular. En la primera hipótesis puede ser más usual la indemnización dineraria, que de todas formas no es la única. En la segunda, la de los daños no consumados, la indemnización usual se conseguirá mediante el cumplimiento de una *injunctio* o de una obligación de hacer o de no hacer que puede o no tener equivalencia en moneda y que tampoco es la única, porque, por ejemplo, también puede caber la indemnización pecuniaria para restablecer el derecho colectivo, como lo señala el artículo 34 de la Ley 472⁴²,

de 1999 precitada, no queda claro qué alcance se puede deducir de dicha declaratoria. La pregunta es entonces la siguiente: ¿sólo se puede condenar al pago de perjuicios a favor de personas públicas no culpables que tengan a su cargo los derechos colectivos lesionados? Para nosotros una respuesta positiva sería inconstitucional en la medida en que supondría dejar sin indemnización un daño colectivo cuando es causado por una entidad pública culpable.

- 40 Dice, en lo pertinente: “Para restablecer el derecho particular, los organismos de lo contencioso-administrativo podrán estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas, y modificar o reformar éstas”.
- 41 El concepto mismo de acción contencioso-administrativa debe ser precisado. Entendemos por tal, siguiendo en ello un criterio orgánico, aquella acción en la cual una persona pública es demandada. Así, es contencioso-administrativa la acción popular o la acción de tutela cuando se dirige contra el Estado y no exclusivamente aquellas que están enunciadas en el Código Contencioso-administrativo.
- 42 En este aspecto expresamos nuestro desacuerdo con la siguiente frase del profesor SANTOFIMIO GAMBOA: “algunos sectores reclaman la posibilidad de resarcir daños y perjuicios por esta vía, confundiéndola

ya citado. No es pues exclusivamente la forma reparatoria la que determinará la acción, porque tanto para las acciones frente a daños consumados como para aquellos que no lo son, caben varias formas reparatoras. Se puede, sin embargo, observar que dependiendo del estado en el que se encuentre el daño, habrá mayor tendencia a que su resarcimiento, por intermedio de determinada acción, se haga de una o de la otra maneras ya descrita.

Nuestra forma de presentar la reparación de daños, ya se puede notar, tiene un arsenal de posibilidades, lo cual permite acercarnos a la noción de *remedy* del derecho inglés. Este, al decir del *Black's Law Dictionary*, es “el medio por el cual un derecho es exigido o por el cual la violación de un derecho es prevenida, restablecida o compensada”⁴³, con lo cual se deduce la amplitud de las posibilidades resarcitorias. Todo dependerá, pues, de la situación jurídica y del derecho vulnerados.

Existen, entonces, tanto la reparación por subrogado pecuniario como la reparación *in natura*. Como bien lo anota ROUJOU DE BOUBÉE, esta última es “la compensación del daño por una ventaja distinta de una suma de dinero”⁴⁴, con lo cual queda establecida la diferencia entre las dos formas principales de reparación. Pero debemos cuidarnos de no confundir, a su turno, reparación *in natura*, con supresión del daño que, como hemos visto, también tiene cabida en la responsabilidad civil. En efecto, “mientras que la reparación *in natura* y la *injunction* actúan sobre la sustancia del daño, la supresión del ilícito actúa sobre la causa del mismo”⁴⁵. Es decir:

... la reparación *in natura* busca un equivalente entre la ventaja perdida y la ventaja *in natura* otorgada a título de compensación. Es igualmente el objetivo de la *injunction*, que toma la forma de una orden dada por un tribunal a una persona determinada,

indudablemente con la acción de grupo”. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. *Tratado de derecho administrativo*, t. III, contencioso-administrativo, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 744. No aceptamos que se nos incluya en dichos “sectores”, bajo el entendido que les da nuestro colega, puesto que jamás hemos admitido que mediante la acción popular se puedan “incoar pretensiones subjetivas individuales” ni que se pueda “buscar algún tipo de resarcimiento pecuniario en favor de quien promueve el reclamo judicial de un interés colectivo”. Es decir, se tiene en claro que ese es uno de los elementos distintivos entre la acción popular y la de grupo. Sin embargo, sí hemos admitido que se puedan imponer indemnizaciones pecuniarias en la acción popular, pero a favor del interés colectivo lesionado, lo cual parece ser también la posición del profesor SANTOFIMIO.

- 43 *Black's Law Dictionary, with Pronunciations*, 6.^a ed., Centennial Edition (1891-1991), Publisher's Editorial Staff, St. Paul, Minn., 1990.
- 44 MARIE-ÈVE ROUJOU DE BOUBÉE. *Essai sur la notion de réparation*, Paris, LGDJ, B. D. Privé, t. XXXCV, 1974, p. 271.
- 45 LYDIE REISS. *Le juge et le préjudice. Étude comparée des droits français et anglais*, Presses Universitaire d'Aix-Marseille, 2003, p. 346.

donde le prohíbe hacer o continuar a hacer un cierto acto –*prohibitory injunction*–, o, le ordena hacer un cierto acto –*mandatory injunction*–⁴⁶.

En cambio, la supresión del daño:

... tiene por objetivo hacer cesar la situación que causa el daño [...] y tiende a la salvaguarda futura del derecho o interés violado mediando la desaparición de la situación de hecho cuya persistencia causaría un nuevo daño [...] En derecho inglés, el equivalente de la supresión del ilícito corresponde a una forma particular de *injunction*, la *quia timet injunction* [...] que se pronuncia ante una amenaza de daño o cuando la causa de la acción, ver el interés para actuar, no se encuentra constituida⁴⁷.

Bajo este esquema, en lo que tiene que ver con las *injunctions*, se puede anotar que existen tanto aquellas que suponen una reparación *in natura* como aquellas que apuntan a la supresión del daño sin suponer una compensación del derecho, sino la suspensión de las causas que lo alteran. Ambos eventos pueden revestir la forma de obligaciones de hacer o de no hacer.

No es tampoco, necesariamente, el estado en el que se encuentre la situación vulnerada lo que marcará que la reparación sea de una u otra forma, pues cualquiera que aquella sea, puede presentar varias hipótesis indemnizatorias. Por ejemplo, no es excluyente que ante el daño consumado se genere una obligación de hacer, como ocurre cuando un muro se destruye y se debe reemplazar por uno equivalente. Tampoco es excluyente que ante una situación susceptible de agravarse, se decrete una indemnización mediando el cumplimiento de una obligación de hacer o aún dineraria –para la parte ya consumada del daño o para la hipótesis excepcional de indemnización pecuniaria que trae las normas sobre acción de tutela– y también una *quia timet injunction*. El campo del medio ambiente puede ser explícito en este punto, como ocurriría cuando, por ejemplo, se inició una polución y la acción pretende que se restablezca y que cese la misma. De igual manera, cuando ya se inició una afrenta a la honra –afirmando determinada información difamante– que se estima continuará produciéndose. Para la primera hipótesis se podrá obligar al responsable a hacer determinadas obras o a hacer una corrección pública y para la segunda a que se abstenga de continuar con la polución o con la difamación.

Resumiendo, podemos anotar que la reparación de daños se puede hacer por el subrogado pecuniario, por la reparación *in natura*, y por la cesación o la supre-

46 *Ibid.*, p. 347.

47 *Ibid.*, p. 353.

sión del daño. En el primer evento, de lo que se trata es de trastocar el derecho lesionado en su equivalente pecuniario. En el segundo, de compensar el derecho dañado por uno equivalente; en el tercero, de suprimir las causas de un daño que puede continuar agravándose y presentando nuevas facetas. Las *injonctions* pueden operar tanto para la segunda como para la tercera hipótesis, aunque tengan naturaleza diferente. Si es reparación *in natura* la obligación buscará compensar de manera equivalente el derecho lesionado, pero si se trata de cesación o supresión del daño, la obligación actuará sobre su causa. Varias de las mencionadas formas reparatorias pueden ser usadas en una misma acción, ora como pretensiones principales ora como pretensiones principales y subsidiarias. Lo importante es que no se viole el principio que prohíbe la doble indemnización.

Como lo veremos a continuación, la amplitud de posibilidades resarcitorias están todas expresadas en nuestro ordenamiento contencioso.

SEGUNDA PARTE ELEMENTOS QUE DETERMINAN LAS ACCIONES CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVAS

En claro que la lógica de la responsabilidad civil supone el estudio del daño en ciernes, de aquel en ejecución y del consumado, al igual que el estudio de la producción de daños sobre todo tipo de derechos (pecuniarios y no pecuniarios; individuales y colectivos), debemos ahora volver sobre los elementos que consideramos de utilidad para la escogencia de las acciones contencioso-administrativas.

Ya los habíamos enunciado: se debe determinar qué derecho es objeto de la reparación, quién es el destinatario de la misma y, cómo se procede a ella.

Veámoslo.

I. EL DERECHO OBJETO DE REPARACIÓN

Si hemos avanzado que el daño es la lesión de un derecho, debemos ahora estudiar someramente qué tipos de derechos existen, puesto que dependiendo del derecho y su relación con el mismo, se determinarán las personas que puedan recibir la indemnización.

La clasificación que puede presentarse de los derechos varía dependiendo del ángulo que se quiera hacer prevalecer. Así, se podría, como es usanza en la doctrina de derecho privado, clasificar entre derechos reales y personales o entre patrimoniales y “extrapatrimoniales”; se podría también, como es usanza en el derecho constitucional, presentar los derechos por generaciones –primera,

segunda y tercera— o entre derechos de libertad, de participación y de prestación⁴⁸, que viene a ser equivalente a la anterior. Sin embargo, consideramos con SANTAMARÍA PASTOR que, “los intereses legítimos son susceptibles de una clasificación fundamental, recogida en los últimos tiempos por nuestra legislación, según que se trate de intereses individuales o colectivos”⁴⁹.

Esta clasificación, por la cual se opta, se justifica, bajo nuestra posición, por la adscripción que hicimos de los derechos individuales y de los colectivos al patrimonio de la persona humana, para representarla así en sus dos facetas. Por ello, lo determinante es quién puede tener y cómo, la titularidad sobre los derechos y sobre los bienes que los soportan. La propiedad sobre el bien no será necesariamente el elemento determinante de los derechos, pues aún en la hipótesis en la cual el bien que soporte el derecho colectivo pertenezca a una persona pública, no se excluye la titularidad que sobre el mismo tiene el individuo. Aunque la propiedad es el derecho individual por excelencia, cuando el bien sobre la que se ejerce supone un derecho colectivo, ya no se podrá disponer individualmente del mismo. La prueba es que cualquier decisión no puede ser tomada en interés individual sino en interés general, público o colectivo, so pena de anulación por el juez contencioso-administrativo. En estos eventos los representantes de la persona pública democráticamente elegidos, como encarnación del interés general, serán quienes decidan sobre dichos derechos. Es el caso del amplio concepto de patrimonio público como derecho colectivo, que sin impedir la existencia de derechos reales o personales en cabeza de las personas públicas⁵⁰, no excluye en nuestro país la acción popular, con lo cual

48 Corte Constitucional, Sala Plena, 28 de mayo de 1997, M. P.: MARTINEZ CABALLERO, expediente LAT 091 (C-251 de 1997): “Esta interdependencia y unidad de los derechos humanos tiene como fundamento la idea de que para proteger verdaderamente la dignidad humana es necesario que la persona no sólo tenga órbitas de acción que se encuentren libres de interferencia ajena, como lo quería la filosofía liberal, sino que además es menester que el individuo tenga posibilidades de participación en los destinos colectivos de la sociedad de la cual hace parte, conforme a las aspiraciones de la filosofía democrática, y también que se le aseguren unas mínimas condiciones materiales de existencia, según los postulados de las filosofías políticas de orientación social. Los derechos humanos son pues una unidad compleja. Por ello algunos sectores de la doctrina suelen clasificar los derechos humanos en derechos de libertad, provenientes de la tradición liberal, derechos de participación, que son desarrollo de la filosofía democrática, y derechos sociales prestacionales, que corresponden a la influencia de las corrientes de orientación social y socialista”.

49 JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR. *Principios de derecho administrativo*, vol. 2, Madrid, Edit. Centro de Estudios Ramón Areces, 2000, p. 404.

50 Cfr., en este sentido, CAROLINE CHAMARD. *La distinction des biens publics et des biens privés. Contribution à la définition de la notion de biens publics*, Paris, Dalloz, 2004, cuando, refiriéndose a los bienes del Estado, que en ocasiones podrán coincidir con nuestra noción de bienes colectivos que generan derechos colectivos, afirma en la p. 239: “Los bienes que pertenecen a las personas públicas pueden ser corporales o incorporeales”.

se demuestra que la “propiedad” que el Estado tenga sobre el bien público no es siquiera determinante para impedir la adscripción al individuo de los derechos colectivos.

Teniendo como base las anteriores observaciones, precisemos entonces qué son derechos individuales y qué derechos colectivos.

Retomando al profesor DE CUPIS, podemos afirmar que los derechos individuales son aquellos que expresan “el interés propio del individuo en cuanto tal, considerado como simple ser humano particular”⁵¹. Entrarían bajo su égida todos los derechos, pecuniarios o no, cuya apropiación, disponibilidad o goce pertenezca al ser humano en su faceta preponderantemente individual. Lo importante es que la persona ejerza sobre el bien, de manera autónoma e individual, un derecho que puede ser objeto de apropiación, de uso, de disposición o sobre el cual pueda realizar un negocio jurídico. En este aspecto, queda entonces claro que se consideran derechos individuales no sólo aquellos que tradicionalmente han sido considerados como patrimoniales, sino todos aquellos que se ubican por fuera de tal noción, como lo son los de la personalidad o los derechos fundamentales. No es ni siquiera necesario entrar en este momento en la interesante discusión sobre la propiedad del cuerpo humano, porque con independencia de qué tipo de negocios sea lícito o no realizar sobre el mismo⁵², lo claro es que la persona sí tiene el poder de usarlo. Lo importante es, se reitera, que el bien sobre el cual recae el derecho pueda ser usado o apropiado por el individuo, sin que se pueda afirmar que el mismo tiene un objeto indivisible, como sí ocurre, pasamos a verlo, en los derechos colectivos.

Como bien es sabido, estos derechos se encuentran enunciados en el artículo 88 de la Constitución⁵³ y desarrollados por el artículo 4.º de la Ley 472 de 1998⁵⁴.

51 ADRIANO DE CUPIS. *El Daño. Teoría general de la responsabilidad...*, cit., p. 115.

52 Traemos a colación el siguiente ejemplo narrado por FLORENCE BELLIVIER: “Es así como nos hemos podido ofuscar tanto del hecho de que médicos hayan explotado células dadas por un donante y de las cuales se extrajo una sustancia terapéutica que generó importantes beneficios, como de la respuesta de los jueces americanos que, en apelación, reconocieron al individuo donante un derecho de propiedad sobre su cuerpo (Moore vs. Regents of California: California Court of Appeal, 21 de julio de 1988, n.º 249, California Reporter, p. 494 y ss.)”, extracto del escrito “La génétique”, en reporte del coloquio “Le patrimoine. Existences multiples. Essence unique?”, a su vez inmerso en la *Revista Droit & Patrimoine*, n.º 133, enero de 2005, Paris, Edit. Lamy, p. 80.

53 Dice el mencionado artículo: “La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella. También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares. Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos”.

54 Dice el artículo 4.º de la Ley 472 de 1998: “Derechos e intereses colectivos. Son derechos e intereses

Sin embargo, de las normas jurídicas que los regulan no se puede extraer una definición, que ha sido más bien obra de la jurisprudencia y de la doctrina.

Una reciente sentencia de la Corte Constitucional reitera sus elementos distintivos. En efecto, distinguiendo los intereses que se protegen mediante una acción de grupo y una popular, la sentencia afirmó que:

... la doctrina comparada habla de que el objeto de las acciones de grupo es proteger *intereses de grupo con objeto divisible, o intereses plurisubjetivos, o derechos o intereses subjetivos homogéneos*, a diferencia de las acciones populares en las que se protegen intereses de grupo con objeto indivisible o derechos colectivos en sentido estricto: los intereses colectivos y los intereses difusos. Esta distinción entre los diversos tipos de intereses jurídicos protegidos por las diversas acciones colectivas permite arrojar claridad sobre el elemento de la titularidad. Y en este aspecto, la primera diferencia importante es aquella que existe entre los intereses colectivos indivisibles, propios de la acción popular, y aquellos divisibles, que son el objeto de las acciones de grupo. Los intereses difusos y colectivos, protegidos por las acciones populares, hacen referencia a derechos o bienes indivisibles, o supraindividuales, que se caracterizan por el hecho de que se proyectan de manera unitaria a toda una colectividad, sin que una persona pueda ser excluida de su goce por otras personas. Estos derechos e intereses colectivos se asemejan entonces, *mutatis mutandi*, al concepto de *bien público*, que ha sido profusamente estudiado y debatido en la literatura económica, en la medida en que los intereses colectivos y los bienes públicos tienden a caracterizarse porque en ellos no existe rivalidad en el consumo y se aplica el principio de no exclusión. Esto significa que el hecho de que una persona goce del bien no impide que otros puedan gozar del mismo (ausencia de rivalidad en el consumo), y por ende el goce de ese bien por otras

colectivos, entre otros, los relacionados con: a. El goce de un ambiente sano, de conformidad con lo establecido en la Constitución, la ley y las disposiciones reglamentarias; b. La moralidad administrativa; c. La existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. La conservación de las especies animales y vegetales, la protección de áreas de especial importancia ecológica, de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas, así como los demás intereses de la comunidad relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente; d. El goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público; e. La defensa del patrimonio público; f. La seguridad y salubridad públicas; g. El acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública; h. La libre competencia económica; i. El acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna; j. La prohibición de la fabricación, importación, posesión, uso de armas químicas, biológicas o nucleares, así como la introducción al territorio nacional de residuos nucleares o tóxicos; k. El derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente; l. La realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes; m. Los derechos de los consumidores y usuarios. Igualmente son derechos e intereses colectivos los definidos como tales en la Constitución, las leyes ordinarias y los tratados de derecho internacional celebrados por Colombia. Parágrafo. Los derechos e intereses enunciados en el presente artículo estarán definidos y regulados por las normas actualmente vigentes o las que se expidan con posterioridad a la vigencia de la presente ley”.

personas no disminuye su disponibilidad. Y de otro lado, esos bienes se caracterizan porque se producen o salvaguardan para todos o no se producen o salvaguardan para nadie, ya que no es posible o no es razonable excluir potenciales usuarios o consumidores (principio de no exclusión). Por consiguiente, si el bien público o el interés colectivo se encuentran en buen estado, todos los miembros de la colectividad pueden gozar de ellos en forma semejante; en cambio, una afectación del bien público o del interés colectivo tiene impacto sobre toda la comunidad, pues todos se ven afectados por ese deterioro. Algunos ejemplos típicos de esos intereses colectivos o bienes públicos son entonces la defensa nacional, la seguridad pública o la pureza del aire como elemento del medio ambiente⁵⁵.

Es pues la indivisibilidad del derecho así como el principio de no exclusión en su uso, lo que permite afirmar que se trata de un derecho colectivo. Como bien lo afirma el Consejo de Estado:

... responden a la urgencia de satisfacer necesidades colectivas y sociales, y son ejercidos por los miembros de los grupos humanos de una manera idéntica, uniforme y compartida. Sentencia AP-043 del 1.º de junio de 2000⁵⁶.

Posición similar adopta la doctrina nacional. Así, para JUAN CARLOS ESGUERRA PORTOCARRERO:

... en el caso de las populares, ese interés está radicado –según se vio– en cabeza del pueblo; es decir, de toda la comunidad y de ésta como un todo, puesto que suyo es, en común, el bien jurídico que tutela la acción y suyos los derechos que se busca defender y proteger⁵⁷.

Por tal razón, “el daño que motiva el ejercicio de una acción popular no es otro que aquel contingente o el efectivamente materializado que afecta los derechos e intereses colectivos”⁵⁸, lo cual significa que, “lo más elemental será distinguir entre el daño colectivo y el daño individual, pues, siendo diferentes,

55 Corte Constitucional, Sala Plena, 8 de junio de 2004, M. P.: RODRIGO UPRIMNY YÉPEZ (E), actor: MANUEL LEONIDAS PALACIOS CÓRDOBA, expediente D-4939. Se recuerdan otra sentencia de importancia para el estudio del concepto: Corte Constitucional colombiana, Sala Plena, 14 de abril de 1999, M. P.: MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO, demandante: ANDRÉS DE ZUBIRÍA SAMPER y otros, expedientes acumulados D-2176, D-2178 y D-2196.

56 Consejo de Estado, Sección Tercera, 6 de diciembre de 2001, M. P.: ALIER HERNÁNDEZ ENRIQUEZ, actor: NÉSTOR GREGORY DÍAZ, expediente AP-221.

57 JUAN CARLOS ESGUERRA PORTOCARRERO. *La protección constitucional del ciudadano*, Bogotá, Legis, 2004, p. 229.

58 SANTOFIMIO GAMBOA. *Tratado de derecho administrativo*, t. III, cit., p. 751.

los mecanismos judiciales de protección son distintos”⁵⁹. Se puede entonces afirmar que en Colombia, derecho colectivo es aquel así definido por la norma jurídica, cuyo ejercicio compromete a toda la sociedad en tanto deriva de un bien indivisible y cuya defensa directa ante el juez, en caso de daño, supone la acción popular. Esta concepción implica que es al legislador de enumerar qué derechos indivisibles se convierten en colectivos, que los mismos son derechos subjetivos, y que, en consecuencia, “cualquiera persona del pueblo”, para retomar el lenguaje del Código Civil del siglo XIX, dispone de la acción popular para exigir su protección en bien de la comunidad. Si bien el derecho, se reitera, no pertenece exclusivamente al individuo, sí tiene en su haber el poder de velar por él directa y permanentemente.

A más de los derechos colectivos enunciados por la Ley 472 de 1998, en nuestro sistema jurídico debemos admitir como tal aquel a la legalidad general de las actuaciones administrativas. En efecto, a pesar de que la idea de considerar que la legalidad era un derecho subjetivo a favor de todo asociado fue difícilmente admitida en la teoría administrativa, se puede:

... fácilmente sostener –apoyados en BONNARD– que el derecho subjetivo a la legalidad administrativa correspondía, a pesar de la tradición, a una obligación de hacer de la administración a favor de los particulares, es decir, la de respetar las prescripciones legales⁶⁰.

Toda persona tiene así derecho a que la administración actúe legalmente, porque de ocurrir lo contrario, se produce un daño a la legalidad. Es así como, el mismo autor francés, que en su trabajo demuestra lo cuestionable del mito francés que estima que el “recurso por exceso de poder” no configura un derecho subjetivo, ha escrito que, desde un punto de vista teórico:

... admitir el derecho subjetivo general a la legalidad es aceptar que la sola invocación de la violación de la ley *lato sensu* justifica la acción de cualquiera persona. La generalidad de dicho derecho es doble: significa, de una parte, que toda ilegalidad puede llevar a una acción y, de otra parte, que todos los administrados, por el hecho de la igualdad frente a la ley, son admitidos a presentar un recurso por exceso de poder. Dicho de otra manera, el derecho subjetivo general a la legalidad es la formulación moderna de la *actio popularis*⁶¹.

59 JAVIER TAMAYO JARAMILLO. *Las acciones populares y de grupo en la responsabilidad civil*, Baker&McKenzie, Medellín, Edit. Diké, 2001, p. 30.

60 NORBERT FOULQUIER. *Les droits publics subjectifs des administrés. Émergence d'un concept en droit administratif français du XIX au XX siècle*, Paris, Dalloz, 2003, p. 571.

61 *Ibid.*, p. 611.

Que es precisamente la situación que se puede predicar de Colombia. En nuestro país la situación en comento, gracias a la existencia de la acción popular de simple nulidad, implica que toda persona tiene el derecho a que “se declare la nulidad de los actos administrativos”(art. 84 CCA). Se admite así que, cuando se genera un daño colectivo a la legalidad general cualquiera puede impetrar su protección, precisamente porque tal acción “implica [...] el desarrollo de una pretensión de carácter general dirigida a restablecer la juridicidad en interés de la comunidad”⁶². Es también el caso de la acción de nulidad en materia ambiental, para sólo traer otro ejemplo, donde expresamente se autoriza por el artículo 73 de la Ley 99 de 1993:

... a todo ciudadano, sea o no titular de un derecho subjetivo (sobra advertir que se considera desafortunado este giro que reproduce la tradición privatista clásica del concepto derecho subjetivo), el ejercicio de la acción de nulidad contra actos administrativos como los demandados, es decir, de aquellos que autorizan una actividad que afecte o pueda afectar el medio ambiente⁶³.

Es decir, lo que aquí vuelve derecho colectivo a la legalidad general es la posibilidad que tiene toda persona de velar porque las reglas del Estado de derecho sean respetadas, o sea, que haya mecanismos populares que permitan el restablecimiento ante su afrenta, que redundará en favor de toda la comunidad.

En la zona intermedia de ambos derechos analizados –colectivos e individuales–, se encuentra la de los derechos cuya demanda se presenta en grupo. Sin embargo, no se piensa que den lugar a una categoría diferente de derechos distinta de las ya enunciadas, porque estrictamente se trata de derechos individuales. Son por tanto derechos divisibles, pero a los cuales se les ha ampliado su legitimación en caso de lesión, por medio de la acción de grupo o de clase. Como bien lo afirma el profesor BEJARANO GUZMÁN:

... las acciones de grupo se intentan para obtener el resarcimiento de un número plural de personas afectadas por una misma causa, que participa de idénticos elementos de la responsabilidad⁶⁴.

Lo cual es un asunto procesal de legitimación, que no altera la sustancia de los derechos protegidos.

62 SANTOFIMIO GAMBOA. *Tratado de derecho administrativo*, t. III, cit., p. 135.

63 Consejo de Estado, Sección Tercera, 22 de abril de 1996, M. P.: SUÁREZ HERNÁNDEZ, exp. 8616.

64 RAMIRO BEJARANO GUZMÁN. *Procesos declarativos. Cíviles, agrarios, de familia, arbitramento. Acciones populares y de grupo. Nueva ley de conciliación*, 2.ª ed., Bogotá, Temis, 2001, p. 194.

La clasificación de los derechos que acaba de presentarse es, entonces, uno de los elementos que se debe tener en claro cuando se trata de decidir qué acción debe ejercerse: si la sentencia restablece derechos a preponderancia individual y no colectivos, estaremos en presencia de una acción que obligatoriamente supone la legitimación en la causa y la apropiación individual de la indemnización por el demandante. Eso sería una acción de corte individualista, en la que la petición es para sí. Si ocurre lo contrario, esto es, que se pretende el restablecimiento de derechos colectivos, estamos ante una acción que bien puede ser popular o de simple nulidad y que en todo caso no implica la apropiación individual de la indemnización, restablecimiento o resarcimiento por el demandante, ni necesariamente la prueba de un interés particular. Si bien un mismo hecho dañino puede producir daños “a preponderancia individual” y daños colectivos, será a partir del derecho restablecido que se determinará, aún en esta hipótesis, si se trata de una acción en petición para sí o de una para el colectivo.

II. EL DESTINATARIO DE LA INDEMNIZACIÓN

En este acápite no es mucho lo que hay para agregar. En efecto, si ya definimos los derechos colectivos y los individuales, debemos sólo extraer su consecuencia: se benefician de la indemnización o restablecimiento los titulares de los derechos. En esto reiteramos nuestro hilo conductor: el individuo, como titular de derechos colectivos e individuales, está en nuestro país legitimado para impetrar acciones en defensa de ambos tipos de derechos y también puede obtener satisfacción –de diferente naturaleza– frente al resarcimiento de ambos. Sin embargo, la recepción de la indemnización será diferente si se está en una u otra hipótesis, puesto que, cuando se obtiene el resarcimiento de un derecho individual, la indemnización es apropiable de manera exclusiva en su propiedad o en su uso; lo contrario ocurre cuando se trata de la defensa de un derecho colectivo, donde la indemnización no es apropiable, a pesar de que también redunde en beneficio de la faceta social del individuo.

Bajo el anterior entendido, pueden ocurrir dos hipótesis. En primer lugar, que se demande para sí. Esto significa que el derecho restablecido es de corte individual al igual que la traslación patrimonial –no necesariamente pecuniaria– que se hace para su restablecimiento o indemnización. En segundo lugar, que se demande para el colectivo, caso en el cual el restablecimiento del derecho beneficiará a “toda persona del pueblo”, lo que implica que la traslación patrimonial no se puede apropiar individualmente sino que redundará directamente en favor del bien que soporta el derecho colectivo. El hecho de que los bienes públicos estén en cabeza de personas públicas, se reitera, no excluye que la in-

demnización sea a beneficio de la comunidad, como ocurre en el citado ejemplo del restablecimiento del derecho colectivo al patrimonio público. No se debe olvidar que en el trámite de la ley popular se cercenó la frase que establecía que la acción popular se concebía también para “obtener una indemnización a favor del Estado”⁶⁵, con lo cual se demuestra que no está concebida para la defensa de los derechos colectivos en tanto y por cuanto sean bienes propiedad del Estado, sino en cuanto permiten su goce efectivo por parte de los asociados. Puede llegar a ocurrir también que el bien que soporta el derecho colectivo sea apropiable individualmente, y, sin embargo, la indemnización sea a favor del colectivo. Es un ejemplo de tal situación la quema de un terreno privado y su consiguiente restablecimiento, que puede decretarse aún contra la voluntad del propietario. En estos dos últimos eventos, con independencia de si la indemnización se ha ordenado contra una persona privada o contra una pública que habrán de honrar el pago, lo esencial es que la prestación debe ser destinada a aquello para lo cual fue declarada, esto es, el restablecimiento del derecho colectivo. Ni siquiera el individuo o la persona pública sobre los cuales coincida la titularidad del bien podrán disponer libremente de la indemnización, que tendrá necesariamente que destinarse a la satisfacción del interés colectivo lesionado.

III. LA PRESTACIÓN COMO TRASLACIÓN PATRIMONIAL

Como ocurre en el acápite anterior, en este tampoco hay mucho para agregar, habida consideración de que lo básico fue dicho cuando se estudió la reparación del daño: una acción contenciosa de reparación de daños se instaura para obtener una indemnización pecuniaria, una indemnización *in natura*, o una que pretenda suprimir el daño.

Si bien varias formas reparatorias pueden estar presentes en las diversas acciones, ya lo hemos dicho, lo que se debe analizar en este punto es la prestación a la que queda obligado el responsable a resarcir el daño. El contenido de dicha prestación será de utilidad porque dará elementos complementarios para centrar qué derecho se está restableciendo y quién es el destinatario de la indemnización. Es entonces un criterio auxiliar que, en determinadas hipótesis complejas, ayudará a determinar en concreto qué se está reparando y quién es el beneficiario del restablecimiento. Puesto que la prestación, como:

65 Cfr. la sentencia de la Corte Constitucional del 19 de febrero de 1998, Plenaria, M. P.: CIFUENTES MUÑOZ, expediente OP-021, donde se estudiaron las objeciones de constitucionalidad formuladas contra el proyecto de ley.

... objeto de la obligación es, ciertamente y siempre, un comportamiento humano, comisivo u omisivo, cooperación o colaboración ajena: es el deber de una persona determinada de actuar en determinada forma, correspondiente al poder de la contraria de esperar y, llegado el caso, exigir dicho desempeño⁶⁶.

El intérprete debe, para escoger la acción pertinente, analizar cuál es la prestación que está en juego para efectos de la reparación. Si la prestación restablece un patrimonio en su faceta individual, la acción será de corte individualista; lo contrario ocurrirá si se trata de restablecer los derechos colectivos de la faceta social del patrimonio individual.

TERCERA PARTE
APLICACIÓN DE LOS ANTERIORES CRITERIOS
A NUESTRO ESQUEMA PROCESAL

Recordando que no se está de acuerdo con la actual clasificación contenciosa que tiene nuestro sistema jurídico, en la medida en que hace de la fuente del daño y no del daño mismo el elemento determinante de la acción, consideramos pertinente, con base en los elementos hasta ahora estudiados, hacer un breve recorrido de nuestras acciones. Lo anterior determinará si los tres criterios teóricos que hemos enunciado permiten justificar el régimen de cada acción. Como lo veremos, el derecho lesionado así como el destinatario y la forma de la indemnización marcarán —o en todo caso deben marcar— el régimen escogido por el legislador y las interpretaciones jurisprudenciales. En efecto, en la medida en que la acción supone la protección de derechos colectivos, se concibe un régimen amplio donde, por regla general y no siempre, no hay término de caducidad ni prueba de interés para actuar. Diferente ocurre cuando se pretende la protección de derechos individuales, donde se establece un término de caducidad —por regla general y no siempre— y una prueba de la titularidad del derecho para actuar. Esta dualidad del sistema colombiano es una de sus características esenciales que presentan hipótesis simples en las cuales los criterios expuestos en las partes precedentes de este escrito juegan de manera límpida, pero también hipótesis complejas en donde es permitida la oscilación del régimen aplicable. Es decir, parangonando al profesor BERNAL PULIDO, consideramos que los tres criterios enunciados como determinantes de las acciones, se presentan en ocasiones de manera simple porque “puede determinarse *ab initio* y sin mayores vacilaciones,

66 F. HINESTROSA. *Tratado de las obligaciones. Concepto...* cit., p. 107.

si la hipótesis de que se trata se encuadra dentro de la referencia”⁶⁷, pero en ocasiones se presentan con mayor complejidad.

Veamos cada una de las situaciones.

I. HIPÓTESIS SIMPLES

En este tipo de eventos, como lo demostraremos, el derecho protegido, la apropiación de su restablecimiento o indemnización así como la prestación a la que queda obligado el responsable, determinan con claridad cuál acción debe instaurarse para la defensa del derecho lesionado.

Puesto que hemos partido de que se lesionan derechos individuales o derechos colectivos, debemos analizar separadamente cada una de las hipótesis.

A. ACCIONES DE PETICIÓN PARA SÍ

Estas acciones suponen la prueba de un interés particular lesionado en el accionante, esto es, la de la titularidad individual sobre el derecho lesionado; de igual manera suponen que el restablecimiento o la indemnización, cualquiera sea su forma, permitan predicar un incremento patrimonial—no necesariamente pecuniario— en favor de la faceta individual de la persona a quien se decreta. Finalmente, suponen que la prestación que debe cumplir el responsable trae aparejada una traslación patrimonial a favor del demandante, que por tanto podrá disponer individualmente de ella. Dos situaciones diferentes se presentan: que la lesión del derecho individual lesionado esté consumada o que está en ciernes o en evolución. Como lo explicaremos, cuando se trata de un daño individual consumado, estaremos en presencia de una acción de reparación directa, de una de nulidad y restablecimiento del derecho y de algunas facetas tanto de la acción de grupo como de la acción de controversias contractuales. Al contrario, cuando no estemos frente a un daño consumado, la acción será primordialmente la de tutela, a la cual se le pueden agregar algunos eventos en los cuales procede la suspensión provisional.

Veámoslo.

En la acción de reparación directa, sin dudas, el derecho lesionado es individual. Ello se corrobora porque el destinatario de la traslación que contiene el resarcimiento es un individuo que obtendrá una prestación a favor de la

67 CARLOS BERNAL PULIDO. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 134.

faceta individual de su patrimonio. La reparación dineraria o aquella *in natura* que se ordenen ingresarán al patrimonio exclusivo de la persona. Si se trata de obligaciones dinerarias, de dar o de hacer –no necesariamente pecuniarias–, su titular podrá disponer de la prestación a su antojo. Lo anterior brota de la parte resolutive en la que necesariamente debe decirse, por ejemplo, “condénase a la Nación [...] a pagar al señor XX la suma de YY”, con lo cual se confirma que quien recibe la indemnización actuó *iure proprio*, esto es, que “la persona interesada puede ser o la víctima directa o las indirectas, por los daños ocasionados a cada una de estas personas”⁶⁸. El derecho lesionado es así, en el caso concreto, tanto el de la asistencia alimentaria como los de la personalidad, razón por la cual toda indemnización que se otorgue estará decretada a favor del titular del derecho, quien pondrá disponer de ella a su arbitrio. Mediante esta acción se puede obtener resarcimiento de la más amplia gama de derechos lesionados, tanto pecuniarios como no pecuniarios, al igual que múltiples formas indemnizatorias que no se reducen a la dineraria. Así, por ejemplo, en el evento en el cual a un soldado se le agrava su situación psicológica durante el servicio militar, el Consejo de Estado ordena la indemnización mediante una obligación de hacer:

Para la Sala la condena así impuesta, que implica en el fondo la obligación de dar una suma de dinero (el valor del tratamiento médico adecuado hasta la total recuperación del paciente o hasta su mejoría posible) deberá reemplazarse por una obligación de hacer, o sea la prestación del tratamiento médico integral hasta lograr el objetivo propuesto; tratamiento que como es obvio comprenderá no sólo la atención médica especializada, sino la hospitalaria y el suministro de las drogas de rigor⁶⁹.

De igual manera, frente a la pérdida de unas calculadoras a manos del Estado, se resuelve que, “si las 574 calculadoras resultaren en buen estado de funcionamiento, la entidad demandada deberá devolverlas al demandante en el término que se le indique para cumplir este fallo”⁷⁰, con lo cual se reitera que el pago por subrogado pecuniario no es el único procedente en esta acción. No se está por tanto de acuerdo con lo afirmado por el profesor SANTOFIMIO GAMBOA cuando, al referirse a la acción en comento, estima que “la indemnización deberá ser siempre apreciable en dinero”⁷¹. Nada impide, en efecto –aunque sea cierto

68 Consejo de Estado, Sección Tercera, 10 de febrero de 2000, M. P.: GIRALDO GÓMEZ, actor: JUAN CABRERA y otros, expediente 11582.

69 Consejo de Estado, Sección Tercera, 13 de diciembre de 1995, M. P.: BETANCUR JARAMILLO, actor: GLADYS RODRÍGUEZ, expediente 10677.

70 Consejo de Estado, Sección Tercera, 27 de marzo de 1992, M. P.: BETANCUR JARAMILLO, actor: RAMÓN ZULUAGA NOREÑA, expediente 6885.

71 SANTOFIMIO GAMBOA. *Tratado de derecho administrativo*, t. III, cit., p. 213.

que la gran mayoría de casos supone una prestación pecuniaria—, que en esta acción también se pueda pedir la indemnización mediante el cumplimiento de una obligación de hacer que, además, como se ha visto, no necesariamente debe tener equivalencia pecuniaria. Sería el evento del precitado caso “niños de la calle” donde se ordenó colocar una placa en nombre de las personas masacradas, que bien podría haberse tramitado en derecho interno por medio de la acción en estudio. La solución de las diversas hipótesis dependerá de lo solicitado en la demanda y de la concepción que el juez tenga de cómo se logra de mejor manera la indemnización. Sin embargo, lo esencial es recordar que, independientemente de cómo sea la forma de restablecimiento, la traslación patrimonial irá siempre a la faceta individual del patrimonio del reclamante, aún en el precitado caso de principio sobre daño moral, en el cual el viudo se apropia de la prestación que supone la obligación de hacer la estatua para seguir adorando los restos de su difunta esposa.

El mismo esquema funciona para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, con independencia del área en la cual proceda. La única e innecesaria diferencia es que la fuente del daño es un acto administrativo, pero ello no cambia que el derecho lesionado sigue siendo igualmente individual al igual que el destinatario de la indemnización y la prestación que ésta supone. Si es una persona pública la que demanda en la llamada acción de lesividad, de cualquier forma ella podrá disponer de la prestación, con las limitaciones anotadas, esto es, que la prestación para restablecer el derecho habrá de ser destinada al fin para la cual se decretó. Este esquema se reproduce cualquiera sea el campo de aplicación de la acción. Así, a nivel laboral, cuando el derecho lo lesiona un acto administrativo que ilegalmente retira del servicio a una funcionaria, siendo que “el procedimiento de calificación de invalidez y reconocimiento pensonal no se encontraba terminado”, la condena consistirá en:

... pagar a la demandante la diferencia entre la pensión de invalidez que le fue reconocida y el salario, prestaciones y demás emolumentos correspondientes al cargo que venía ocupando al momento del retiro, desde cuando fue retirada hasta el 15 de mayo de 1996, fecha en que empezó a devengar la pensión de invalidez a petición suya y con su aceptación⁷².

En este evento, la nulidad del acto administrativo que se declara implicará consecuencias inmediatas, directas y apropiables para quien demanda ante la

72 Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, 18 de abril de 2002, M. P.: LEMOS BUSTAMANTE, actor: MARÍA IDALY POLANÍA DE GUTIÉRREZ, expediente 1767-01.

lesión de su derecho, y todo restablecimiento o pago dinerario incrementará su patrimonio individual. Podrá la víctima disponer de la nueva situación a su antojo –pensemos en el servidor público reintegrado que renuncia al día siguiente de obtener sentencia favorable o que ni siquiera decide retomar el cargo–, como del dinero que obtenga. Igual ocurre en materia de impuestos, para seguir ejemplos de esta acción en otras áreas, en donde el *petitum*:

... deberá expresar claramente la modificación o reforma que se pretende de los actos acusados, que generalmente en materia impositiva se contrae a la declaración de que no está obligado a pagar la obligación oficialmente determinada, o a la solicitud de aceptación de la liquidación privada, o a la petición de la práctica de una nueva liquidación en la que se determinen los nuevos valores a cargo del contribuyente, etc.⁷³.

Cualquiera que sea la hipótesis, que por ejemplo pueda llevar a que no se rematen unos bienes del contribuyente ejecutado⁷⁴, el restablecimiento del derecho lesionado sólo será favorable a la persona que tiene la legitimación sustantiva. Similar situación se presenta en materia urbanística cuando, por ejemplo, se declara la nulidad de un acto administrativo que otorgó una licencia de construcción incurriendo en falsa motivación al no haber tenido en cuenta los muros de aislamiento laterales requeridos, con lo cual se causó perjuicios a los apartamentos del edificio vecino, razón por la cual se pagó el valor de la desvalorización así producida⁷⁵.

La acción de controversias contractuales también procede claramente frente a daños individuales consumados. Sin embargo su estructura, definida en el artículo 87 del Código Contencioso-administrativo, no tiene la simplicidad de las anteriores, puesto que permite tanto la protección de derechos individuales como la de colectivos. Para explicar qué derechos individuales son protegidos mediante esta acción, debemos analizar cuál es el derecho lesionado y quién será el beneficiario de la indemnización. Así, en los eventos de declaratoria de existencia del contrato y a pesar de que la misma se considere improcedente, por lesionarse el derecho a la remuneración frente a trabajos precontractuales

-
- 73 Consejo de Estado, Sección Cuarta, 13 de febrero de 1998, M. P.: CORREA RESTREPO, actor: Compañía Manufacturera Manisol S. A., expediente 8714. Es ilustrativo para nuestro propósito la siguiente frase de la sentencia: “En el contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho, el *petitum* deberá contener solicitud de nulidad del acto u operación administrativa y enunciarse clara y separadamente las condenas o declaraciones que se pretendan como consecuencia de aquella”.
- 74 Consejo de Estado, Sección Cuarta, 19 de julio de 2002, M. P.: PALACIO HINCAPIÉ, actor: Pacc Dent Ltda., expediente 12733.
- 75 Consejo de Estado, Sección Primera, 8 de octubre de 1998, M. P.: ARIZA MUÑOZ, actor: Sociedad Pedragás Ltda., expediente 5051.

realizados de buena fe, se condena dinerariamente a favor de quien realizó las prestaciones⁷⁶; cuando se cobra ejecutivamente una póliza de seguros a favor del Estado, es porque éste, a pesar de representar el interés general, actúa a nombre propio y por ello recibe a su favor la traslación patrimonial⁷⁷; cuando se viola el derecho a la ecuación financiera del contrato y procede su revisión, se paga la ruptura del equilibrio, como en el conocido y polémico caso Sae⁷⁸, a partir del cual se puede predicar que, “el Consejo de Estado parece haber llevado demasiado lejos la intención del legislador de proteger al contratista”⁷⁹; cuando se le incumple a un contratista por no haberse pagado la última cuota prevista, se procede a ello⁸⁰; cuando se declara la terminación unilateral arguyendo ilegalmente la falta de presupuesto para terminar el período contratado de prestación de servicios profesionales, se condena al pago de una suma de dinero que:

... corresponde a los honorarios que se le adeudan al contratista por haber prestado sus servicios entre el 1 de agosto de 1990 y el 19 de diciembre de 1990 y los que hubiera percibido hasta el mes de agosto de 1992 de haber ejecutado el contrato en condiciones normales⁸¹, etc.

En todos los anteriores eventos es fácil constatar que el derecho lesionado es un derecho individual definido en un contrato, indemnizado mediante una

-
- 76 Consejo de Estado, Sección Tercera, 29 de enero de 1998, M. P.: SUÁREZ HERNÁNDEZ, actor: Sociedad Otis de Colombia Ltda., expediente 11099: en este evento, con base en los poderes de interpretación de la demanda y a pesar de que se había pedido la declaratoria de existencia, se condenó a pagar al contratista el valor de las prestaciones en que había incurrido.
- 77 Consejo de Estado, Sección Tercera, 15 de agosto de 2002, M. P.: HOYOS DUQUE, actor: Ministerio de Comercio Exterior, expediente 18937. La parte resolutive dispone “librar mandamiento de pago en contra de XX y a favor de la Nación-Ministerio de Comercio Exterior, por la suma de \$3.750.000.000, con fundamento en la póliza YY”.
- 78 Consejo de Estado, Sección Tercera, 9 de mayo de 1996, M. P.: SUÁREZ HERNÁNDEZ, actor: Société Auxiliaire d’Entreprises-Sae, expediente 10151, t. 307 de los copiadore de la Sección, fls. 140 a 266. En la parte resolutive, luego de aceptarse que procedía la indemnización por mayor permanencia en la obra, por medidas de recuperación del atraso y por aportes a las comunidades, se expresó: “Condénase, en concreto, a la Empresa Colombiana de Petróleos (Ecopetrol) a pagar a la firma Société Auxiliaire d’Entreprises (SAE), los siguientes valores: a. En pesos colombianos la suma de \$XX moneda corriente; b. En dólares de los Estados Unidos de América la cantidad de YY”.
- 79 JOSÉ LUIS BENAVIDES. *El contrato estatal, entre el derecho público y el derecho privado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 406.
- 80 Consejo de Estado, Sección Tercera, 14 de febrero de 2002, M. P.: GIRALDO GÓMEZ, actor: Consultores Civiles e Hidráulicos Ltda., expediente 13238, donde se resolvió: “... tercero: Condénase al Municipio de Arauca a pagar a la Sociedad Consultores Civiles e Hidráulicos Ltda. la suma de \$XX”.
- 81 Consejo de Estado, Sección Tercera, 16 de julio de 1998, M. P.: HOYOS DUQUE, actor: WILLIAM ALBERTO BAQUERO NAMEN, expediente 10652.

prestación a favor del contratista que, por tanto, adquiere la titularidad sobre la misma. Se comparte así lo afirmado por el profesor SANTOFIMIO GAMBOA, cuando expresa que la acción contractual, como ocurre en los ejemplos precitados:

... reviste el carácter de subjetiva, en todos aquellos casos en que las pretensiones que se invoquen a través de ella por su naturaleza podrían encajar en la acción de plena jurisdicción, esto es, en la perspectiva del Código Contencioso Administrativo, dentro de las acciones de reparación directa y en la de nulidad y restablecimiento del derecho⁸².

Sin embargo, por tratarse de contratos estatales:

... bajo la influencia de la concepción francesa de la separación de poderes, el derecho administrativo estableció el principio general según el cual el juez no puede imponer a la administración un comportamiento a través de una decisión judicial, lo que constituye una diferencia fundamental entre el contrato administrativo y el contrato de derecho privado⁸³.

Se trata entonces de una excepción legislativa y precisa al principio en virtud del cual, “se puede obligar al Estado a beber el agua”, del cual ya hemos hecho referencia en la primera parte de este escrito. Pero una posición tal del derecho colombiano debe ser a su turno analizada con cautela porque, a diferencia del derecho francés, existen hipótesis, como lo veremos, en las cuales la administración sí puede ser obligada a contratar, especialmente cuando se trata de la protección de derechos colectivos que implican un tal proceder.

En lo referente a la acción de clase, también es claro que procede la indemnización de daños consumados individuales. Que dicha pretensión, para poder ser estudiada en esta privilegiada acción requiera o no que el grupo preexista al daño así como de otras características (p. ej., un mínimo de 20 personas), es asunto irrelevante en este momento. Baste por ahora recordar que la precitada sentencia de la Corte Constitucional⁸⁴ corrigió la interpretación restrictiva que venía teniendo la Sección Tercera del Consejo de Estado, en lo atinente a la conformación del grupo y ratificó que se trata de pretensiones individuales. Lo relevante es, entonces, que se trate del resarcimiento de derechos individuales y divisibles, en cabeza de cada uno de los componentes del grupo. Es así como la jurisprudencia indica, por ejemplo, que:

82 SANTOFIMIO GAMBOA. *Tratado de derecho administrativo*, t. III, cit., p. 230.

83 BENAVIDES. *El contrato estatal...*, cit., p. 314.

84 Corte constitucional, Sala Plena, 8 de junio de 2004, M. P.: RODRIGO ÚPRIMNY YÉPEZ (E), actor: MANUEL LEONIDAS PALACIOS CÓRDOBA, expediente D-4939.

... los detrimentos ocasionados con la acción u omisión de la Superintendencia Bancaria y Fogafin deben entenderse como la suma ponderada de las indemnizaciones individuales, como bien se entendió al pedir las pruebas periciales, por lo que se pretende es la indemnización que debe pagarse al grupo de pensionados, la mayoría aglutinados en la asociación mencionada, y que comprende la suma de las indemnizaciones individuales...⁸⁵.

En un interesante caso en el que un instituto superior de educación rural incumplió el compromiso de dar un diploma de profesional a sus estudiantes, otorgando sólo el de “tecnólogo”, fue condenado a favor de cada uno de los miembros del grupo cerrado a indemnizar el daño emergente, el lucro cesante en su versión de pérdida de una oportunidad y el daño moral⁸⁶. Fuera de indemnizaciones pecuniarias, se puede también obtener por esta vía otras formas de reparación, como, por ejemplo, restablecimientos de derechos, nulidades de cláusulas abusivas en negocios jurídicos, obligaciones de hacer o de no hacer, etc. Para ello se debe interpretar correctamente el artículo 3.º de la Ley 472 de 1998, cuando establece que la acción se ejerce “exclusivamente para obtener el reconocimiento y pago de indemnización de los perjuicios”⁸⁷. Al igual de lo que

-
- 85 Consejo de Estado, Sección Primera, 9 de mayo de 2001, M. P.: NAVARRETE BARRERO, actor: AGUSTÍN HERMIDA MÉNDEZ y otros, expediente AG-006.
- 86 Consejo de Estado, Sección Quinta, 4 de octubre de 2002, M. P.: MEDINA LÓPEZ, actor: MILLER CÁCERES GIL y otros, expediente AG-0015: “No obstante, los perjuicios cuya indemnización es procedente no pueden comprender los ocasionados por gastos de matrícula, sostenimiento y útiles escolares durante los tres primeros años. La inversión correspondiente a los años siguientes a la obtención del título de ‘tecnólogo’, por concepto de matrículas y derechos de grado debe ser restituida a los estudiantes, en la forma como indicó el *a-quo*, lo mismo que por los perjuicios ocasionados por la pérdida de oportunidades de empleo, lo cual debe ser demostrado con prueba idónea, dentro del incidente correspondiente. Respecto de los perjuicios morales, la Sala comparte la apreciación del Tribunal, en el sentido de tasarlos en cuantía de diez salarios mínimos legales mensuales, habida cuenta de la aflicción moral que en los actores produjo la ausencia de un reconocimiento para el cual tuvieron que hacer un esfuerzo intelectual que terminó truncado”.
- 87 Cfr. JUAN CARLOS HENAO. “La defensa de los derechos colectivos y de los de grupos en la responsabilidad civil del Estado en derecho colombiano y francés”, en *El derecho público a comienzos del siglo XXI. Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*, t. III, Madrid, Civitas, 2003, p. 2753: “Bajo este entendido se debe recordar que el *pago* de conformidad con el artículo 1627 del Código civil colombiano, ‘se hará bajo todos respectos en conformidad con el tenor de la obligación’, con lo cual no se limita la noción genérica de pago a aquél que se vierte mediante el equivalente dinerario. Como bien lo anota el rector HINESTROSA, ‘indistintamente, tanto en el lenguaje técnico como en el corriente, se dice pagar, solucionar, cumplir, cancelar, satisfacer una obligación, para significar la ejecución de la prestación por parte del deudor y, más ampliamente, la satisfacción del acreedor. Pago (de *pacare* = satisfacer, pacificar, aplacar) o solución es la ejecución de la prestación debida, cualquiera que sea la clase de obligación...’, precisión que explica que la noción no es exclusiva al pago mediante el dinero. Se estima entonces que es incorrecto considerar que la acción de grupo sólo procede cuando se pretende una indemnización pecuniaria, porque ni una interpretación armónica de la ley ni el estudio

ocurre en las acciones precedentes, en la de clase o grupo el derecho lesionado es individual, el beneficiario de la indemnización es cada uno de los miembros del grupo y la prestación a la que queda obligado el responsable supone una traslación patrimonial a favor de la faceta individual del miembro del grupo.

Si el anterior es un recorrido somero de las posibilidades contenciosas que ofrece nuestro sistema para la reparación de los daños individuales consumados, debemos estudiar, en segundo término, aquellas hipótesis de los daños individuales en ciernes o en consumación. La diferencia con la hipótesis anterior, que se deduce de lo señalado cuando se estudiaron las diversas formas de reparación, consiste en que en esta nueva situación el daño está en ciernes o no ha finalizado su onda explosiva.

La expresión típica de esta hipótesis es la acción de tutela⁸⁸. En esta acción, ante nuestro primer elemento que define las acciones, esto es, el derecho lesionado, es claro que se trata de un derecho constitucional fundamental. Con independencia de que esta acción no protege sino dichos derechos, “cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados”, lo importante ahora es recordar que, “la protección consistirá en una orden para que aquél respecto de quien se solicite la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo”. Lo que caracteriza, entonces, la acción de tutela, es que promueve la faceta de la responsabilidad civil que busca hacer cesar o suprimir las causas de los daños a los derechos constitucionales fundamentales, sin esperar a que los mismos se encuentren consumados. De allí porque la:

... acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable (art. 86 C. P.).

A partir de este precepto la Corte Constitucional declaró inexecutable el artículo 6.º del Decreto 2591 de 1991 (“se entiende por irremediable el perjuicio que sólo pueda ser reparado en su integridad mediante una indemnización”),

del derecho comparado permiten una tal conclusión, que por demás llevaría a limitar radicalmente la operancia de la acción”.

88 Para el estudio de la relación entre la acción de tutela y la responsabilidad civil extracontractual del Estado, cfr. nuestro escrito: “La acción de tutela y la responsabilidad civil extracontractual del Estado”, en *libro Homenaje a Fernando Hinestrosa, 30 años de rectorado*, t. II, Liber Amicorum, Estudios y temas, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1993, pp. 231 a 276, cfr., igualmente, RICARDO HOYOS DUQUE. “Acción de tutela e indemnización de perjuicios”, *Revista Responsabilidad Civil y del Estado*, n.º 1, mayo de 1995, Medellín, Librería Jurídica Sánchez R., pp. 37 a 67; GILBERTO MARTÍNEZ RAVÉ. “La indemnización de perjuicios en la acción de tutela”, en *ibíd.*, n.º 5, julio de 1998, pp. 7 a 21; NÉSTOR RAÚL CORREA HENAO. *Derecho procesal de la acción de tutela*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Colección Profesores, n.º 30, Bogotá, 2001.

al considerar que, “de mantenerse la definición legal, la norma constitucional de tipo abierto se convertiría en norma cerrada”⁸⁹. Sin parar mientes en el anterior argumento, cuestionado por tres salvamentos de voto, lo importante es establecer que la Corte estima en la misma sentencia, citando al constituyente JUAN CARLOS ESGUERRA PORTOCARRERO, que:

... lo que se pretende es simplemente que ese particular pueda solicitarle al juez que le dé protección, protección que va a consistir tan solo en que el juez le oponga una especie de “detente Satanás” a la administración o a esa persona frente a quien se está haciendo la solicitud, para ordenarle que suspenda inmediatamente las actividades que está realizando y que están violando el derecho, o que deje de hacer aquello que se apresta a realizar, aquello que amenaza con desarrollar en un momento determinado, porque también sería violatorio del orden jurídico.

No tomamos en cuenta la excepcionalísima posibilidad de decretar indemnización pecuniaria, de la que habla el artículo 25 del Decreto-Ley 2591 de 1991, porque a más de ser de aplicación excepcional, se decreta solo “si fuere necesario para asegurar el goce efectivo del derecho, así como el pago de las costas del proceso”. Por demás, la Corte Constitucional ha precisado que la acción no procede para “definir obligaciones en dinero”⁹⁰.

Así las cosas, la acción de tutela actúa de diversas maneras, conforme lo enuncia el artículo 5.º del Decreto-Ley 2591 de 1991: cuando ha violado, cuando viola o cuando amenaza violar un derecho constitucional. La pregunta que surge es si para las primeras dos situaciones —cuando se ha violado el derecho o se sigue violando— estamos o no en presencia de un daño consumado. El mismo Decreto-Ley 2591 otorga la respuesta al afirmar que la acción no procede “cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho”, lo cual significa, sencillamente, que el daño no está realmente consumado, porque las causas del mismo continúan produciendo lesión del derecho. De allí la necesidad de la presencia judicial que intervendrá sobre la causa del daño, esto es, sobre el hecho dañino que no ha cesado su producción o sobre sus efectos ante

89 Corte Constitucional, Sala Plena, 11 de noviembre de 1993, M. P.: CIFUENTES MUÑOZ, actor: JESÚS PÉREZ-GONZÁLEZ RUBIO, expediente C-531 de 1993.

90 Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión, 23 de enero de 2003, M. P.: BELTRÁN SIERRA, peticionario: HERNÁN HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, expediente T-015 de 1993, cfr., en similar sentido, Sala Sexta de Revisión, 30 de enero de 2003, M. P.: MONROY CABRA, peticionario: MARÍA ANGÉLICA ESQUIVEL LORA y JOSÉ LUIS NAVARRO, expediente T-052 de 2003: “Los casos en estudio tratan sobre deudas de obligaciones pecuniarias derivadas de contratos, las cuales no pueden ser reclamadas mediante una orden de tutela, pues no se trata de protección de derechos fundamentales”.

la inacción de parte de quien lo lesiona. Sería el ejemplo de una difamación que ataca el derecho al buen nombre, en la cual, a pesar de que el hecho dañino ya se produjo (p. ej., la noticia fue difundida en el periódico), ante la ausencia de corrección sigue vigente la lesión; sería también el caso de las múltiples tutelas en las cuales se ha ordenado colocar audífonos a personas, porque si lo que se protege es el derecho a la vida digna, se puede predicar que ya se ha iniciado su vulneración por la falta del audífono, la cual cesará en el momento en el que se le coloque⁹¹; igualmente, cuando se protege el debido proceso ordenando que se vuelva a iniciar el proceso que llevó a la expulsión de un estudiante⁹²: el daño al derecho del debido proceso ya inició pero la tutela logra suspenderlo; finalmente, a nivel de ejemplo, el caso en el cual no se expide por una compañía privada el seguro de accidentes escolares para una población discapacitada, matriculada en determinadas instituciones, que por considerarse violatorio del derecho a la igualdad, se ordena a dicha empresa “que concrete su ofrecimiento de otorgar la póliza”⁹³. Diferente ocurre en el caso del daño en ciernes, porque el derecho en sí mismo todavía no ha sido lesionado, pero la situación fáctica permite suponer que va a llegarse de manera inminente a su lesión. Es decir, en este evento la alteración se produce sobre la situación fáctica que soporta el derecho, mas no sobre éste mismo. Sería el caso en el cual se demuestra que el derecho a la vida corre serio e inminente peligro, frente a lo cual el juez ordena a la administración suministrar protección al afectado⁹⁴. Como se observa, son dos hipótesis distintas, teniendo en común que ninguna de ellas supone un perjuicio consumado: en la segunda el daño no ha iniciado su onda explosiva, pero a partir de la alteración de la situación fáctica que soporta el derecho, se concluye que de manera inminente ocurrirá la lesión del mismo; en la primera el daño ya inició, pero no se ha consumado⁹⁵. Ambas son preventivas y en

91 Cfr., a nivel de ejemplo, Corte Constitucional, Sala Sexta, 16 de enero de 2003, M. P.: MONROY CABRA, peticionario: JULIO CÉSAR CAMARGO ALVARADO, expediente T/003/03.

92 Cfr., a nivel de ejemplo, Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión, 23 de enero de 2003, M. P.: MONROY CABRA, peticionario: HERNANDO DÍAZ, expediente T-022/03.

93 Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, 9 de diciembre de 2002, M. P.: CEPEDA ESPINOSA, peticionario: Fundación para Limitaciones Múltiples –FULIM–, expediente T-1118 de 2002.

94 Corte Constitucional, 18 de septiembre de 1992, M. P.: ANGARITA BARÓN, peticionario: DARÍO ANTONIO MEJÍA, expediente T-525 de 1992.

95 Para decirlo en palabras de la Corte Constitucional, “la *vulneración* lleva implícito el concepto de daño o perjuicio. Se vulnera un derecho cuando el bien jurídico que constituye su objeto es lesionado. Se *amenaza* el derecho cuando ese mismo bien jurídico, sin ser destruido, es puesto en trance de sufrir mengua. En el primer caso la persona afectada ya ha sido víctima de la realización ilícita. En el segundo, por el contrario, la persona está sujeta a la inmediata probabilidad de un daño”. Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión, 17 de junio de 1992, M. P.: MARTÍNEZ CABALLERO, actor: LUZ MARINA ÁVILA CASTRO, expediente T-412 de 1992.

ambas opera la responsabilidad civil mediante las obligaciones de hacer o de no hacer, que supondrán la protección urgente del derecho, simplemente en momentos diferentes.

Pero no sólo en los eventos de la acción de tutela se puede hablar de la función de la responsabilidad civil que pretende la cesación de daños en materia contenciosa. En efecto, la suspensión provisional también goza de la misma filosofía, con la diferencia de que no protege sólo derechos constitucionales fundamentales. Bajo esta perspectiva la suspensión provisional es también una medida de urgencia para la protección de todo tipo de derechos, que se tramita al interior de las acciones clásicas. Es por ello que el artículo 152 del Código Contencioso-Administrativo establece que:

... si la acción es distinta de la de nulidad, además (de la manifiesta infracción) se deberá demostrar, aunque sea sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto demandado causa o podría causar al actor.

Con ello se muestra que cuando la petición es para sí, no basta la afrenta a la legalidad sino que es requisito demostrar que, de no proceder la suspensión provisional, el actor sufrirá o continuará sufriendo un perjuicio. Es lo que ocurre, por ejemplo, en materia contractual, cuando se decide suspender provisionalmente los actos administrativos que declaran de manera ilegal la caducidad de un contrato, con violación del derecho de defensa, evento en el cual la declaratoria de suspensión provisional frena el perjuicio de la inhabilidad de cinco años que se generan para el contratista así como de la cláusula penal que en el caso concreto se había impuesto⁹⁶.

La ilustración hecha para la hipótesis de la forma como se comporta el daño cuando la petición es para sí, ratifica nuestra posición de principio: si el derecho lesionado es individual, lo mismo que su resarcimiento y la prestación que lo expresa, las variadas acciones contenciosas explicadas suponen obligatoriamente el régimen de la petición para sí.

Pasemos ahora al estudio de las formas procesales de petición para el colectivo.

B. ACCIONES DE PETICIÓN PARA EL COLECTIVO

Estas acciones se distinguen en nuestro medio por ser acciones públicas o, en ocasiones, cuasi-públicas, que buscan el restablecimiento de derechos colectivos.

96 Consejo de Estado, Sección Tercera, 24 de septiembre de 1998, M. P.: HOYOS DUQUE, actor: MARIANA GONZÁLEZ LATIFF, expediente 14821.

La prestación que se genera para restablecer el daño pertenece al colectivo y jamás será apropiable individualmente. Sólo es “apropiable”, en caso tal, por una persona pública, pero el restablecimiento que se genera no satisface un interés personal sino el público o colectivo, a punto tal que la obligación resarcitoria que se genera siempre tendrá que ir en favor del bien lesionado. Se pueden clasificar aquí, de manera nítida, algunos eventos de la acción de nulidad simple y de la acción popular. Otras hipótesis, como la acción electoral, algunos eventos de la acción de nulidad y de la de controversias contractuales, las atinentes a marcas y patentes etc., serán analizadas en el acápite siguiente, habida consideración de que, a pesar de ser acciones normalmente populares, presentan algunas peculiaridades, como por ejemplo, que proceden a pesar de influir directamente sobre derechos individuales, porque el legislador ha estimado que por el valor de los derechos individuales en juego, su goce depende de la concordancia con el derecho colectivo.

En lo que respecta a la acción de nulidad simple, se restablece la situación jurídica vulnerada con la anulación del acto administrativo que atacó la legalidad, porque, como ya se ha anotado, en nuestro país la legalidad es un derecho subjetivo popular en cabeza de “cualquiera persona del pueblo”. Esto significa que el Estado está sujeto, en la producción y eficacia de las normas, a la constante vigilancia de sus asociados que tendrán el poder de exigir el respeto a la legalidad general. Pero el hecho de que la legalidad general sea un derecho subjetivo no conlleva a que el demandante pueda apropiarse individualmente de la prestación que suponga la declaratoria de nulidad. Por tratarse del derecho colectivo a la legalidad general, el destinatario del restablecimiento así como de la prestación que se deriva de la misma, que atañe no sólo a la prohibición de proferir una norma similar sino a respetar los efectos de la nulidad, no podrá conllevar consecuencias favorables individuales y excluyentes sobre el patrimonio de la persona, porque si así fuere, giraríamos hacia las acciones que suponen la petición para sí. La simpleza de este esquema propuesto será corroborado en el próximo acápite donde se estudiarán las hipótesis complejas que se pueden generar en determinados eventos de acciones de nulidad. Por lo pronto, en esta acción la mayoría de eventos no producen dificultad especial, precisamente porque, por ejemplo, se anula un presupuesto municipal⁹⁷, se

97 Consejo de Estado, Sección Primera, 31 de julio de 1997, M. P.: URUETA AYOLA, actor: CARLOS AUGUSTO SOLANILLA CHAVARRO, expediente 4123: “Vistas así las cosas, debe concluirse que lo atacado es un acto administrativo de claro contenido abstracto e impersonal, de alcance local por estar destinado a regir dentro del territorio del municipio para el cual se dicta y con efectos aplicables a toda una categoría de ciudadanos, sin distinciones hacia personas en particular. Es decir, se está frente de un acto administrativo de carácter general, abstracto e impersonal”.

anula la parte de un reglamento carcelario que permitía la visita sólo a parejas casadas o a compañeros permanentes⁹⁸, no se anula (o se anula) un acuerdo que crea y organiza una contraloría municipal⁹⁹, se anulan normas que exigían que para la conciliación prejudicial hubiera previa disponibilidad presupuestal¹⁰⁰, se anulan algunas normas mediante las cuales el gobierno reglamenta la profesión de contador¹⁰¹, etc. En el caso de la nulidad del presupuesto municipal, en el del reglamento de los presos, en el que se hubiera anulado la creación de una contraloría, en la anulación de una norma que limita la conciliación, en la anulación de normas atinentes a una profesión, etc., la nulidad que supone la desaparición del ordenamiento del acto administrativo acusado, no beneficia a persona particular alguna y por el contrario es la legalidad abstracta la que resulta beneficiada. Es decir, en estas hipótesis la anulación del acto administrativo no repercute sobre un derecho individual porque colectivo es el derecho lesionado, y por tanto el restablecimiento de la legalidad abstracta no supone que la faceta individual de un patrimonio obtenga beneficios divisibles respecto de la nulidad. Las tratamos entonces como hipótesis simples porque ratifican, sin lugar a dudas, nuestro esquema general: si la prestación a que queda obligada la administración a partir de la anulación del acto administrativo general no puede suponer que sea apropiada por una persona en su interés particular, de lo que se trata entonces es de la protección del derecho colectivo a la legalidad abstracta. Como lo hemos dicho, se podrán presentar problemas en hipótesis más restringidas, por ejemplo, cuando se acepta la declaratoria de nulidad de actos administrativos individuales mediante la acción pública, o, cuando se determinan los efectos de la nulidad de un acto administrativo general que repercute sobre actos de contenido individual. Hemos reservado estos casos para ser estudiados en las hipótesis complejas.

La situación descrita de la acción de nulidad simple es similar en la acción popular¹⁰², que goza del mismo esquema de aquella, cambiando sólo el derecho

98 Consejo de Estado, Sección Primera, 5 de marzo de 1998, M. P.: URUETA AYOLA, actor: Defensoría del Pueblo, expediente 4386.

99 Consejo de Estado, Sección Primera, 12 de febrero de 1998, M. P.: URUETA AYOLA, actor: Procuraduría Judicial 37, expediente 4673.

100 Consejo de Estado, Sección Primera, 15 de mayo de 1997, M. P.: POLO FIGUEROA, actor: JUAN CARLOS HENAO PÉREZ y FRANCISCO JOSÉ DE CASTRO y otros, expediente 4014.

101 Consejo de Estado, Sección Primera, 3 de agosto de 2000, M. P.: NAVARRETE BARRERO, actor: LUIS FERNANDO VELANDIA RODRÍGUEZ, expediente 5722.

102 Para el estudio de la relación entre la acción popular y la responsabilidad civil, ver: TAMAYO JARAMILLO. *Las acciones populares y de grupo en la responsabilidad civil*, cit.; cfr. igualmente nuestros escritos: “¿Se defienden de la misma manera los derechos colectivos en derecho colombiano y derecho francés?”, en *IV Jornadas de derecho constitucional y administrativo. El régimen de las libertades. La responsabilidad de la*

colectivo protegido. No se tratará ya de la legalidad sino de los otros derechos enunciados en la Ley 472 de 1998. Así, es natural que mediante una acción que pretende la protección del derecho a la seguridad pública y a la previsión de desastres frente al mal estado de algunos puentes en la capital, se decrete que:

... en el término de ocho (8) días siguientes a la culminación de dichos estudios, comience las actuaciones administrativas tendientes a la contratación de la ejecución de las recomendaciones que se formulen en ellos; contratación ésta que deberá realizarse en un período de tiempo no superior a los dos (2) meses, contados a partir del momento últimamente señalado¹⁰³.

Ni los estudios que analicen la situación concreta de los puentes, ni la ejecución de las recomendaciones para que se garanticen los derechos colectivos lesionados, pueden ser apropiados individualmente. Todo restablecimiento redundará aquí en favor del colectivo, gracias al cumplimiento de la *injunctio* por parte de la administración. El restablecimiento no puede ser usado por una sola persona y menos aún apropiado por ella. Por ello, si en una acción popular se ordena un pago pecuniario—supongamos la obligación de invertir económicamente en otros elementos del ecosistema cuando es imposible hacerlo sobre el bien ecológico dañado—, la destinación obligatoria del dinero será el bien público que soporta el derecho colectivo lesionado.

Como se observa de los párrafos precedentes, nuestro esquema contencioso, por complicado que sea, permite ilustrar hipótesis en las cuales se sabe con certeza qué tipo de derechos están en juego, así como el destinatario y la forma de su restablecimiento en caso de su lesión. Sin embargo, pasamos a verlo, su complejidad inoficiosa genera una serie de “puntos de fuga” que habrán de ser precisados para mermar los riesgos jurídicos que suponen.

II. HIPÓTESIS COMPLEJAS

Nuestro sistema contencioso-administrativo presenta una serie de casos en los cuales existe dificultad para determinar si procede una acción de petición para sí o una para el colectivo, o, para determinar con precisión la influencia

administración pública, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 411 a 485; “Collective Rights and Collective actions: samples of European and Latin American contributions”, ensayo en AA. VV. *Exploring Torts*, MADDEN (ed.), cap. 12, Cambridge University Press, s. p.

103 Consejo de Estado, Sección Tercera, 22 de febrero de 2001, M. P.: RODRÍGUEZ VILLAMIZAR, expediente AP-0056, citado por JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA (dir.). *Derecho urbanístico. Legislación y jurisprudencia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 225.

recíproca que puede tener una hipótesis sobre la otra. Este embrollo, que podría por demás ser solucionado, al menos en muchos de sus aspectos, por una reforma legislativa, generará grados de dificultad mayor o menor en cada una de las situaciones que presenta.

En primer lugar, se observa que dicha complejidad surge por las diferencias que existen en materia de caducidad. No solamente existen distintos términos a pesar de que se trate de peticiones para sí, sino que existe una dualidad sustancial en la materia, en la medida en que, como regla general, cuando se trata de un derecho colectivo la tendencia es a que no proceda límite de tiempo para su protección, pero cuando se trata de la defensa de un derecho individual, se impone un término para la acción. Sin embargo, dicha regla se rompe en ambos casos. Así, de una parte, a pesar de que la acción de tutela es un típico ejemplo de petición para sí, no tiene término de caducidad, porque se ha estimado que así lo amerita la importancia del derecho en cuestión y porque se exige que su amenaza o vulneración continúe. De otra parte, existen hipótesis de defensa de derechos colectivos que, sin embargo, suponen un término de caducidad. Es lo que ocurre, como lo veremos, en algunos aspectos agrarios o de licencias ambientales. Pero este problema de caducidad genera un “falso embrollo” solucionable con criterios interpretativos.

En segundo lugar, la complejidad surge porque nuestro sistema contencioso es uno de los más holistas de que da cuenta el derecho comparado. La tendencia exacerbada al colectivismo, que de por sí supone desde este momento hacer una petición de prudencia, genera incertidumbre en el goce de los derechos individuales. Esta característica surge porque se han definido legalmente múltiples derechos colectivos ligados a la acción popular y también porque existen varias hipótesis de derechos individuales que expresamente están sujetos al control ciudadano. Como veremos, esta característica, más compleja que la anterior, también puede tener explicaciones que, al menos, aminoren las incertidumbres que se generan.

Veamos cada una de las problemáticas reseñadas.

A. EL FALSO EMBROLLO FORMADO POR LAS DIFERENTES CADUCIDADES

Nuestro sistema jurídico parte de un principio general que a pesar de comportar excepciones legislativas, puede ser enunciado de la siguiente manera: cuando se lesiona un derecho colectivo no existe término de caducidad para accionar en aras de su restablecimiento, en tanto que, cuando lo que está en juego es un interés individual, se imponen términos de caducidad. Esta diferencia se explica

porque, por ejemplo, en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho a diferencia de aquella de simple nulidad, “el titular del derecho tiene un interés subjetivo de carácter particular”, razón por la cual no existe violación de la Constitución cuando se establece término de caducidad para la primera y no para la segunda¹⁰⁴. Dicha diferencia, como en múltiples oportunidades lo ha dicho la Corte, supone que:

... la determinación de la oportunidad para ejercer tal derecho corresponde fijarla al legislador, quien tiene un amplio margen discrecional para establecer los términos de caducidad de las acciones, quedando limitado únicamente por los principios de razonabilidad y de proporcionalidad¹⁰⁵.

Se trata, pues, de un campo reservado al legislador, quien ha tomado posiciones diversas en la materia, dependiendo de la forma como ha querido proteger y consolidar los derechos en juego.

Sin entrar a estudiar el concepto de caducidad y su diferencia con el de prescripción, bástenos anotar que:

... siendo la regla general la de la extinguiabilidad de las acciones y de los derechos subjetivos por prescripción, parejamente en todos los ordenamientos siempre ha habido un sector reservado, inmune a los efectos consuntivos de la inercia del titular frente al paso del tiempo...¹⁰⁶.

Ello es lo que ocurre en nuestro país con la concepción que se tiene en materia de derechos colectivos, incluyendo el de la legalidad general, en donde el legislador de vieja data ha privilegiado su defensa, al considerar que no puede estar limitada en el tiempo. La naturaleza del derecho en juego es políticamente considerada de mayor trascendencia que el principio de la seguridad jurídica. No es gratuito que tanto la acción de nulidad simple como la acción popular no tengan término de caducidad, quizás porque se ha entronizado en Colombia una tradición en virtud de la cual todo aquello que se relacione con el interés general no puede suponerla. Como bien lo dice el exconsejero BETANCUR JARAMILLO:

... la no caducidad de la acción pública de nulidad se justifica en parte porque la ilegalidad de un acto administrativo no podrá desaparecer ni subsanarse por el simple

104 Corte Constitucional, Sala Plena, 4 de agosto de 1994, M. P.: HERRERA VERGARA, actores: JOSÉ A. PEDRAZA PICÓN, LUZ BEATRIZ PEDRAZA PINZÓN y LUIS GONZALO MEJÍA URIBE, Expediente D-503.

105 Corte Constitucional, Sala Plena, 17 de mayo de 2000, M. P.: NARANJO MESA, actor: ÁLVARO OCHOA MORALES y otros, expediente C-565 de 2000.

106 FERNANDEZ HINESTROSA. *La prescripción extintiva*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 35.

transcurso del tiempo, así como tampoco podrá entenderse válidamente que pasado cierto lapso la colectividad pierda todo interés en la legalidad de los actos expedidos irregularmente por la administración¹⁰⁷.

Pero esta explicación no impide afirmar que, siguiendo al mismo autor, tal situación:

... atenta contra la estabilidad de las situaciones jurídicas y somete a la administración, que no debe dar nunca la sensación de inseguridad, a la incertidumbre permanente de que sus actos rectores puedan desaparecer contra su querer, con perjuicio de situaciones creadas por ellos (razón por la cual) estimamos que está más acorde con las nuevas orientaciones del derecho administrativo la solución del derecho francés que le acuerda al contencioso por exceso de poder (una de las formas, pero la principal del contencioso de anulación) una caducidad corta de dos meses¹⁰⁸.

Con independencia de que existen interesantes argumentos que defienden la actual posición colombiana¹⁰⁹, lo importante es resaltar que existen otros sistemas jurídicos, como se acaba de observar y como lo anuncia el profesor PETIT en su aporte para la presente publicación colectiva¹¹⁰, en los cuales los términos de caducidad son idénticos, como regla general, tanto para las acciones de simple nulidad (*recours pour excès de pouvoir*) como para las de nulidad y restablecimiento del derecho (*recours de plein contentieux*).

107 CARLOS BETANCUR JARAMILLO. *Derecho procesal administrativo*, 4.^a ed., Bogotá, Señal Editora, 1994, p. 147.

108 *Ibíd.*, p. 148.

109 Cfr. SANTOFIMIO GAMBOA. *Tratado de derecho administrativo*, t. III, cit., p. 423: “No compartimos la tesis según la cual la ausencia de caducidad en este tipo de acción es una fuente de inseguridad jurídica. Tal planteamiento pretende hacer prevalecer la legalidad formal sobre la material, propugnando por una seguridad jurídica por encima de los postulados constitucionales y del mismo principio de legalidad, lo cual resulta a todas formas inadmisibles dentro de un verdadero Estado constitucional”.

110 JACQUES PETIT. “La evolución reciente del recurso por exceso de poder en Francia”, en esta misma publicación, donde se lee: “Cuando el recurso por exceso de poder sólo puede aceptarse contra los actos generales, que no se refieren a ninguna situación individual, es admisible no enmarcarlo en ningún término y ésta es claramente la solución del derecho colombiano. En cambio, cuando el mismo recurso se admite contra unos actos particulares o individuales, el imperativo de protección de los derechos adquiridos por las personas lleva a instituir un término que, hoy en día, en Francia, es de dos meses contados a partir de la publicidad del acto, para actos administrativos generales como particulares”. Este principio está expresado en el decreto del 11 de enero de 1965 que establece que, “sólo se puede intentar un recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa [...] dentro de los dos meses siguientes a la notificación o a la publicación de la decisión atacada”, incluyendo su aplicación, por regla cuasi-general, todo tipo de acciones. Debe sin embargo recordarse que en derecho francés el “recurso por exceso de poder” procede tanto para actos administrativos generales como particulares, y requiere siempre de la prueba de un interés para actuar.

La característica colombiana del sistema dual respecto de la caducidad, si bien es cierto genera incertidumbres respecto de la seguridad de los derechos, permite que éstas puedan ser reducidas a una mínima expresión, con una correcta interpretación. El problema planteado en este acápite consiste, entonces, en determinar hasta dónde la diferencia de caducidades entre las diversas acciones, produce o no realmente una dificultad jurídica mayor, o, si por el contrario, dicha dificultad puede ser superada con algunos criterios mínimos interpretativos.

Retomando nuestro hilo conductor, el problema lo planteamos en dos situaciones diferentes.

Una primera, en los eventos en los cuales hay distintos términos de caducidad a pesar de tratarse de peticiones para sí. Estamos hablando, por ejemplo, de las diferencias entre la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y la de reparación directa, o, aún, entre las diversas versiones de la acción de controversias contractuales, que complican en extremo el esquema que podría ser bien simple, al unificar el término para todas. Es decir, estimamos que allí donde se trate de una petición para sí —remitimos a los elementos teóricos analizados para definir la petición para sí—, el término de caducidad debe ser unificado. Nuestro actual sistema, tramposo para las víctimas, permite en exceso las oscilaciones jurisprudenciales, como puede ocurrir en los casos en los cuales no se sabe con certeza si el daño es producido por un acto administrativo o por una vía de hecho, si lo es por una operación administrativa o por un acto administrativo, si lo es por un “acto administrativo” revocado o si lo es por un hecho administrativo, si se trata de un acto o de un hecho contractual o de uno extracontractual, etc. En los eventos anteriores, por existir la posibilidad de trámite bajo la cuerda de acciones diferentes, se genera una complicación innecesaria para las víctimas, que en más de una ocasión podrán encontrarse con la inadmisión de su demanda por caducidad, acaecida en la acción que se considera debió haber sido la instaurada. A este propósito citamos un interesante caso de la Corte Europea de Derechos del Hombre¹¹¹, en el cual, en síntesis, se condenó al Estado francés por lo compli-

111 Cfr. Corte Europea de Derechos del Hombre, 16 de diciembre de 1992, *Geouffre de la Pradelle vs. Francia*, AJDA 1987, p. 124, obs. X. PRÉTOT (nota sobre la admisión del recurso el 7 de noviembre de 1986). El fallo puede consultarse en la página Internet de la mencionada Corte. Por lo pertinente del caso y por su utilidad, nos permitimos hacerle un resumen: el Consejo de Estado francés rechazó por caducidad la acción contra la decisión de la administración que declaraba, como monumento natural, una zona dentro de la cual se encontraba la propiedad del actor, con las restricciones que ello le suponía, por estimar que al tratarse de un acto administrativo general e impersonal el término de dos meses de caducidad contaba a partir de la publicación del decreto en el *Diario Oficial* y no a partir de la notificación al propietario, que de todas formas era facultativa. En desacuerdo, la Corte europea condena al Estado francés a pagar la pérdida de la oportunidad que generó la decisión del Consejo de Estado, puesto que se estableció que el propietario tenía licencia y proyectos importantes

cado de su sistema en materia, no de términos de caducidad, sino del momento a partir del cual debe computarse dicho término, con lo cual se violaba la confianza que los particulares pudieran tener en el sistema. En este sentido consideramos que debería presentarse una reforma legislativa que unifique, por ejemplo, en un año o en dos, el término de caducidad para todas las acciones que supongan una petición para sí¹¹². Dicho término bien podría contarse desde la notificación del acto administrativo o desde que se tenga conocimiento de todos los elementos que permiten incoar la acción¹¹³, o, aún, desde el momento en el que se notifique el acto administrativo que rechaza la pretensión que pide para sí en sede administrativa, lo cual supondría admitir la concepción francesa de la *décision préalable*, o, simplemente, ampliar la nuestra de la vía gubernativa para todo tipo de reclamación por daños. En el entretanto, el juez debe tener interpretaciones amplias frente a las complejidades a las que lo enfrenta el sistema, siguiendo en ello la posición interpretativa reseñada de la Corte Europea de Derechos del Hombre, para efectos de no sacrificar el derecho sustancial ni defraudar el importante principio de acceso a la justicia y de la confianza legítima.

Una segunda situación, más interesante para efectos del presente escrito, se presenta frente a la escogencia que ha hecho nuestro sistema al diferenciar el manejo de los derechos colectivos y de los individuales. Ya hemos advertido que la dualidad de tratamiento en este aspecto, en el cual uno de los extremos se caracteriza por la ausencia de caducidad, puede generar incertidumbre jurídica para el goce de los derechos. En efecto, si la acción de nulidad simple puede ser interpuesta en cualquier momento y contra todo acto administrativo o aún sólo contra algunos, de contera se podría pensar que no se goza de seguridad

para realizar sobre su terreno. Frente a las numerosas y complejas hipótesis que traía la reglamentación de la notificación de los actos administrativos en la materia, se consideró por el juez europeo que la interpretación del juez nacional violó el artículo 6.º de la Convención Europea, que garantiza el acceso a la justicia. En efecto, a pesar de que el demandante había sido notificado del inicio del procedimiento que buscaba decretar como monumento natural la zona, “las personas interesadas podían razonablemente confiar en que el resultado del procedimiento les sería comunicado sin que tuvieran que sumergirse cotidianamente, durante meses o años, en la lectura del *Diario Oficial*”, es decir, porque se consideró que la reglamentación del sistema de notificaciones “no presentaba una coherencia ni una claridad suficientes.

112 Hacemos la salvedad de la acción de tutela, respecto de la cual compartimos que no exista caducidad alguna.

113 Esta ha sido por fortuna la interpretación de la Sección Tercera del Consejo de Estado al menos en materia de reparación directa. Cfr., por ejemplo, el auto del 6 de agosto de 1998, con ponencia de CARRILLO BALLESTEROS en el expediente 14749, en el que se consideró que a pesar de que el hecho dañino había transcurrido hace más de dos años (compresa dejada al interior del organismo de un paciente), la víctima sólo conoció la situación con posterioridad. Serían también los múltiples casos de violaciones de derechos humanos en los cuales sólo se conoce con posterioridad al término de caducidad, que la violación fue producida por el Estado.

jurídica en nuestro sistema. Ya no se trata de problemas en los cuales están en juego un mismo tipo de derechos, sino de obtener criterios claros frente a la dificultad que plantea la dualidad de caducidades. Como lo veremos, en este caso los criterios que hemos anunciado como distintivos de las acciones, serán de gran utilidad para disminuir los riesgos ínsitos a nuestro sistema.

Para ello analizaremos el caso concreto que se generó a partir del “cisma” producido por la reciente sentencia de la Corte Constitucional¹¹⁴, que declaró inconstitucional la teoría de los móviles y finalidades usada durante décadas por el Consejo de Estado¹¹⁵. Como era de esperarse, luego de la réplica que realizó el Consejo de Estado¹¹⁶ para no aplicar la sentencia de la Corte Constitucional, surgió un primer caso concreto. Ante la inadmisión de una demanda en el Consejo de Estado, por considerarse que la acción pertinente era la caducada de nulidad y restablecimiento del derecho y no la “disfrazada” de nulidad simple¹¹⁷, el demandante acudió en acción de tutela ante la Corte Constitucional, quien, ratificando su posición enunciada en la sentencia precitada del 29 de mayo de 2002, tuteló al accionante, y, anulando lo decidido por el Consejo de Estado, le ordenó “dar trámite a la demanda de nulidad incoada”¹¹⁸.

-
- 114 Corte Constitucional, Sentencia C-426, del 29 de mayo de 2002, M. P.: ESCOBAR GIL, cuya parte resolutive es del siguiente tenor: “Declarar *exequible* el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, tal y como fue subrogado por el artículo 14 del Decreto 2304 de 1989, siempre y cuando se entienda que la acción de nulidad también procede contra los actos de contenido particular y concreto, cuando la pretensión es exclusivamente el control de la legalidad en abstracto del acto, en los términos de la parte motiva de esta sentencia” (cursiva fuera de texto).
- 115 Cfr. la siguiente sentencia de principio: Consejo de Estado, Sala Plena, 10 de agosto de 1961, M. P.: CARLOS GUSTAVO ARRIETA ALANDETE, *ACE*, t. LXIII, n.ºs 392 a 396, pp. 200 y ss. Se puede anotar, sin embargo, que antes de esta sentencia ya existían precedentes que iban en la misma línea, como aquella sentencia del 1.º de diciembre de 1959 (*Anales*, t. LXII, n.ºs 387 a 391, p. 55), en la cual se puede leer: “La razonabilidad de esa diferencia está en relación directa con los objetivos y finalidades de las dos acciones, ya que la primera sólo tiene por mira la restauración de la legalidad y del orden jurídico general al obtenerse por la jurisdicción [...] la nulidad del acto jurídico que se dice causante del respectivo quebrantamiento, y por el contrario, la segunda, más que volver por el imperio de la normalidad legal violentada, desde un punto de vista genérico y altruista, lo que procura dentro del llamado por la ley ‘restablecimiento del derecho’, no es cosa distinta a la de que se declare a cargo del Estado una indemnización no siempre de orden moral simplemente, sino de índole patrimonial”.
- 116 Consejo de Estado, Sala Plena, 4 de marzo de 2003, M. P.: URUETA AYOLA, actor: Corporación Autónoma de Cundinamarca –CAR–, expediente 110010324000199005683 02.
- 117 Consejo de Estado, Sección Primera, 5 de febrero de 2004, M. P.: OSTAU DE LAFONT PIANETTA, actor: Pro Niños Pobres, expediente 2003 00557.
- 118 Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión, 1.º de septiembre de 2004, M. P.: MONROY CABRA, peticionario: LUC CLAUDE SIMON SCHNEEKLOTH, expediente T927827. Esta sentencia tiene una interesante aclaración de voto del magistrado UPRIMNY YÉPEZ en la que, en síntesis, da su acuerdo a la procedencia de la tutela en la medida en que rechaza que el Consejo de Estado no acate una decisión de la Corte Constitucional, pero, al mismo tiempo y teniéndose en cuenta que no era magistrado al momento de la decisión de mayo de 2002, cuestiona de manera interesante y profunda lo resuelto por la Corte en ésta decisión.

En el caso concreto, se trató de una acción en la cual el actor demandó unos actos administrativos en virtud de los cuales las autoridades distritales de Bogotá, luego de constatar una infracción urbanística, ordenaron la demolición de una vivienda dedicada a obras sociales. El Consejo de Estado inadmitió por caducidad la demanda, en aplicación de la teoría de los móviles y finalidades, al estimar que la acción pertinente era la de restablecimiento del derecho, puesto que la nulidad de los actos administrativos conllevaría un restablecimiento automático para la demandante. En efecto, según lo afirma en el precitado auto del 5 de febrero de 2004:

... de anularse los actos aquí demandados se llegaría automáticamente a la extinción o desaparición de la infracción urbanística que fue establecida mediante los mismos, es decir, a una situación en que habría de tenerse dicha infracción como si no hubiera existido, lo cual es una forma de restablecimiento automático del derecho del infractor.

Al contrario, para la Corte Constitucional:

... es preciso recordar que la Sentencia C-426 de 2002 se pronunció sobre los efectos de la decisión de nulidad en el contenido de la realidad fáctica al advertir que la acción de nulidad interpuesta contra actos administrativos de carácter particular no habilita al juez contencioso para pronunciarse sobre el derecho por virtud de aquél consolidado, ya que, a partir del cuarto mes de haber quedado en firme el acto administrativo que se impugna, los efectos jurídicos se hacen definitivos. En efecto, en relación con el restablecimiento del derecho que opera por virtud de la nulidad del acto administrativo, la Corte aseguró que el juez contencioso pierde competencia para pronunciarse sobre dicho tópico, pues *aquél no podrá adoptar ninguna medida orientada a la restitución de la situación jurídica particular vulnerada por el acto*, quedándole por tanto restringida exclusivamente al juicio propio del contencioso objetivo (cursiva fuera de texto).

El esquema propuesto a lo largo del presente escrito permite entender mejor lo afirmado. Ya hemos dicho que el régimen de las acciones se define tanto por el derecho lesionado, como por la forma del restablecimiento y la prestación que ella supone. Hemos dicho además que en Colombia el constituyente y el legislador han establecido las acciones populares sin caducidad para la defensa de la faceta colectiva del patrimonio del individuo. Esto significa que tanto la legalidad abstracta y general como la legalidad concreta e individual, son derechos subjetivos en favor de los asociados, pues expresan las dos caras del patrimonio individual. Sin embargo, cada situación opera y tiene consecuencias diferentes. Bajo nuestro entendimiento, cuando el sistema jurídico ya no permite que el asociado se ubique desde la perspectiva de la legalidad individual, es decir, desde la perspectiva de un derecho individual, porque con

razón impone caducidades al ejercicio de tales derechos, nada impide que el legislador decida que lo pueda hacer desde la perspectiva del derecho colectivo y general a la legalidad que, en Colombia, no está sujeto a términos de caducidad. Reiteramos que se trata de una decisión política y la prueba de ello es que numerosos países no han optado por tal opción. Nótese que el argumento más importante de la Corte Constitucional en la sentencia referida de mayo de 2002, fue el considerar que el Código Contencioso-Administrativo, que no establece caducidad para la acción de simple nulidad, no afirmó que ésta procedía sólo respecto de actos administrativos generales. Así las cosas, teniéndose en cuenta de que en Colombia existe la posibilidad de ubicarse tanto desde el ámbito de la legalidad abstracta y general como de aquél de la concreta, si el asociado se ubica en la hipótesis de buscar en acción de simple nulidad –legalidad abstracta– la anulación de un acto individual –legalidad concreta–, las sentencias sólo tendrán un contenido pedagógico, esto es, mostrar a la administración que hacia el futuro debe observar determinadas reglas para la elaboración de sus actos, pero sin que ello suponga efectos concretos frente al accionante. Ninguna ventaja podrá obtener el “perjudicado” porque ya no dispone de ningún derecho individual en su haber. De allí que la prestación que surja con la declaratoria de nulidad no puede suponer una traslación a favor de la faceta individual y apropiable del patrimonio del accionante, pero ello no puede suponer que se le niegue el acceso a la justicia establecido para las dos facetas mencionadas. Se armoniza así el tema de la caducidad con el de acceso a la justicia, porque se permite, como es lógico en nuestro actual sistema jurídico, de una parte, que el asociado acceda a la justicia cuestionando en cualquier momento la legalidad abstracta del comportamiento estatal, y, de la otra, que los términos diferentes de la caducidad de las acciones no trastoquen el goce de derechos individuales establecidos por el legislador.

Estas “sentencias pedagógicas” se encuentran en el derecho comparado, en donde se pueden observar casos de nulidad que no llevan ninguna consecuencia práctica. Es el caso francés *Association AC y otros*¹¹⁹, citado en el precitado escrito del profesor PETIT publicado en la presente obra colectiva, en el cual se anuló un decreto ministerial que validaba los acuerdos que fijaban el régimen de la seguridad social frente al desempleo. Uno de los acuerdos fijaba el régimen exclusivamente para el año 2003, luego de lo cual sería inaplicable. El Consejo de Estado anuló, por vicios de procedimiento en la conformación de los organismos que decretaron el régimen, pero mantuvo todos los efectos del decreto anula-

119 AJDA 2004, p. 1183, chron. C. LANDAIS y F. LENICA; JCP A 2004; Dr. adm. 2004; RFDA 2004, p. 438, concl. C. DEVYS e informe especial.

do, con lo cual se demuestra que la decisión no supuso ninguna consecuencia práctica, porque ni las personas que habían recibido el dinero proveniente del decreto a la postre declarado nulo ni los patrones que habían dado sumas de dinero, tenían posibilidad de reclamar luego en petición para sí.

Igual ocurre y tiene que ocurrir a partir de la sentencia de la Corte Constitucional, porque en efecto, en el caso concreto que provocó el “cisma”, es claro que si se entiende que el actor promovió la acción arguyendo el derecho general a la legalidad, nada puede obtener respecto de su derecho individual. Se afirma, entonces, que los “problemas” de caducidad plantean en realidad un falso embrollo, porque estimamos que la contradicción entre las dos corporaciones judiciales es, desde este punto de vista, más aparente que real. Nada impide que exista una acción con término para su interposición y otra que no lo tenga, porque en nuestro sistema la primera situación supone que si no se interpuso la acción en tiempo, se pierde el derecho individual a la legalidad y solo se conserva aquel que todo ciudadano tiene sobre la legalidad abstracta, pero que no puede generar traslaciones a favor de la faceta individual del patrimonio del asociado. En el caso concreto, el hecho de que se llegare a anular el acto administrativo que impuso la sanción urbanística de demolición, no supondrá el renacer del “derecho” para el administrado, porque ya lo perdió. Sin restablecer “automáticamente” el derecho, para utilizar términos del Consejo de Estado, no se quita la posibilidad de accionar en justicia en aras de permitir una labor pedagógica. Aún mas, es claro que los poderes que tiene la administración para ejecutar sus propios actos permite que en cualquier momento –si es que no la ha hecho como normalmente ha debido ocurrir– proceda a la demolición de la obra, sin cometer en ello vía de hecho, ni siquiera en el evento hipotético en el cual lo haga con posterioridad a la sentencia que eventualmente declare la nulidad del acto. Si bien se entienden los argumentos del Consejo de Estado, en el sentido de afirmar que en una tal situación la administración obraría en contra del principio de legalidad, lo cierto es que no es así porque un sistema jurídico tiene la posibilidad de decidir en qué casos la caducidad mata a la justicia. Es decir, al perderse por caducidad el derecho individual, la administración actúa legalmente porque en el otro extremo no existe un derecho. Supongamos que el legislador ratificara, como de hecho lo puede hacer, que la acción de simple nulidad procede también contra todo acto particular: ¿qué solución habría de darse a la situación en estudio? Consideramos que la que aquí proponemos es la que más concuerda con el contexto en el cual se ha organizado la defensa de los derechos en Colombia: las sentencias “pedagógicas” que habrán de producirse no desestructuran la forma como se tiene establecida la pérdida de derechos por caducidad. Simplemente sirven para generar conciencia cívica y marcar

pautas a los comportamientos administrativos. Habría, eso sí, de estar atentos a los efectos que se den a las sentencias en las acciones públicas, lo cual será estudiado a continuación.

B. EL EMBROLLO FORMADO POR LOS EFECTOS DE LAS ACCIONES PÚBLICAS SOBRE LOS DERECHOS INDIVIDUALES

El verdadero embrollo que genera nuestro sistema está ligado a los efectos que pueden producir la acción de nulidad y la acción popular sobre los derechos individuales. En efecto, la problemática que ahora enfrentamos apunta a resolver cómo manejar las repercusiones que pueden tener sobre los derechos individuales las acciones públicas, como la popular y la de nulidad simple. En este sentido, nuestro sistema, que ya hemos calificado de altamente “holístico” o colectivista, produce riesgos innegables en el goce de los derechos individuales. Ya no se trata de las situaciones en las cuales los derechos se pierden por caducidad, analizadas en el acápite precedente. En dichos casos, como lo hemos visto, el acto administrativo individual que otorga o que no otorga el derecho, deja de ser vinculante ante la inacción de su titular; por mucho que proceda la acción de nulidad, nada puede alterar. Al contrario, en estos nuevos casos, los derechos individuales que están siendo ejercidos por su titular, se encuentran constante y en ocasiones perennemente acechados por el fantasma de su anulabilidad, en nombre de un derecho colectivo aparejado a las acciones públicas. Como lo veremos a continuación, existen casos en los cuales el legislador ha, expresamente, admitido que un derecho individual sólo se puede gozar en la medida en que esté conforme con el derecho colectivo a la legalidad. Pero existen otras hipótesis en las cuales, sin que el legislador haya tomado partido expresamente, pareciera que el riesgo sigue ínsito a cuenta del colectivismo procesal, promovido en ocasiones por la jurisprudencia y en ocasiones por la estructura general del sistema.

Estudiemos cada una de las hipótesis.

En primer término, nuestro esquema procesal tiene una serie de situaciones especiales en las cuales cualquier ciudadano, o, de todas formas, un amplio número de ellos, puede cuestionar la validez de los actos individuales. Se trata, de los casos en los que:

... el legislador colombiano ha venido considerando [...] cuáles relaciones individuales y concretas (creadas en el seno del derecho público) pueden afectar gravemente el orden jurídico y, por supuesto la vida social y, con esa presunción indiscutible (originada en la esencia política de la potestad legislativa), ha señalado expresamente los casos en

que cualquier persona puede atacar ante el juez los actos administrativos de contenido individual¹²⁰.

Así, por ejemplo, en materia de actos administrativos de adjudicación de baldíos, dispone el artículo 72 de la Ley 160 de 1994, que la acción popular que pretenda la nulidad contra un acto que adjudicó un baldío a una persona particular, puede ser atacado dentro de los 2 años siguientes a su ejecutoria o a su publicación en el *Diario Oficial*; de igual manera, el artículo 290 de la Ley 685 de 2001 (Código de Minas), permite la acción popular sin término de caducidad, para que se declare la nulidad de licencias ambientales para la construcción, montaje y explotación de minas; en similar sentido, el artículo 221 del Código Contencioso Administrativo dispone que, “cualquiera persona podrá pedir que se declare la nulidad de cartas de naturaleza...”; también, la acción electoral o la acción de nulidad contractual, para las cuales a pesar de ser una acción popular, se especifica un término de caducidad de dos años a partir del perfeccionamiento del contrato en el primer caso y de 20 días a partir de la notificación del acto que declara la elección (lit. e num. 9 y 12 art. 136 del CCA).

Estos ejemplos, normales puesto que ya hemos dicho que el legislador dispone de un amplio margen para diseñar las acciones, suponen que los derechos individuales deben ceder ante los particulares, siendo excepcionalísima la posibilidad de que quien hubo de ceder su derecho por contradicción con el derecho colectivo, pueda reclamar algo. Esta situación, por paradójica que parezca, se justifica en la medida en que va aparejada a unas precisas causales de anulación, que normalmente tienen que ver con comportamientos que se consideran indignos como para permitir la preservación de los derechos individuales. Es el caso, por ejemplo, cuando se prueba que las cartas de naturaleza “se han expedido en virtud de documentos que adolezcan de falsedad” (Ley 22bis de 1936), cuando se establece que se celebró un contrato “con personas incursoas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley” (art. 44, Ley 80 de 1983), cuando en materia electoral “aparezca que el registro es falso o apócrifo...” (art. 223 CCA), etc. Se reitera que esta situación es normal y que debe estar precedida de un análisis serio del legislador, que habrá de justificar razonablemente un tal proceder, en aras de no desestabilizar, por cualquier motivo fútil, el goce de los derechos individuales. Pero si la contradicción entre el derecho individual y el colectivo no permite, por regla general,

120 Consejo de Estado, Sección Primera, 2 de agosto de 1990, M. P.: CÁCERES C., actor: OSWALDO CETINA, expediente 1482.

que el particular pueda reclamar ante la pérdida de su derecho, ello no puede ser una regla absoluta, porque se puede considerar que la causa de la contradicción entre el derecho individual y el colectivo no impide el nacimiento del derecho a una justa reparación, como puede ocurrir, por ejemplo, en materia contractual¹²¹. Dicho en los términos de nuestro esquema, el legislador, al considerar en su sabia apreciación que el derecho colectivo a la legalidad debe prevalecer sobre el derecho individual, permite que éste sea atacado y anulado, en caso de contradicción con aquél. La traslación que supone la anulación del acto redundará en beneficio de la comunidad entera y no podrá ser apropiada por persona alguna particular. Otra cosa es que tal situación genere perjuicios a quien disponía a su favor de la presunción de legalidad del acto administrativo, pues en tal evento se aplicarán las soluciones ya avanzadas.

Sin embargo, el problema estudiado se torna aún más inquietante cuando, por fuera de los claros mandatos del legislador, el sistema jurídico pareciera permitir suponer que, de todas formas, cualquier acto administrativo de contenido individual puede ser invalidado por la concepción que se tiene de la prevalencia de los derechos colectivos. Se trata en estos casos, por ejemplo, de los eventos en los cuales el Consejo de Estado, *motu proprio*, admite la acción de nulidad:

... además de los casos expresamente previstos en la ley [...] contra los actos particulares y concretos cuando la situación de carácter individual a que se refiere el acto, comporte un especial interés, un interés para la comunidad de tal naturaleza e importancia, que vaya aparejado con el afán de legalidad, en especial cuando se encuentre de por medio un interés colectivo o comunitario, de alcance y contenido nacional, con incidencia trascendental en la economía nacional y de innegable e incuestionable proyección sobre el desarrollo y bienestar social y económico de gran número de colombianos¹²².

Estos eventos, a pesar de que criticamos que sea la jurisprudencia la que haya decidido cuándo un caso concreto supone la prevalencia del interés general, parecieran justificarse por la lógica ínsita a nuestro sistema. En efecto, ella se refleja no sólo en la interpretación que se ha hecho de la acción de nulidad sim-

121 Cfr., por ejemplo, Consejo de Estado, Sección Tercera, 12 de octubre de 2000, M. P.: GIRALDO GÓMEZ, actor: HÉCTOR EDMUNDO LASSO, expediente 13097, en donde, luego de considerarse que, “cuando se celebró el contrato demandado se fue contra una prohibición legal vigente para ese momento, antes transcrita, y por consiguiente se incurrió en una causal de nulidad absoluta, que conduce a su aniquilamiento [...] como el hecho causante de la invalidez del contrato, que dará lugar a su nulidad, proviene de negligencia imputable a la administración demandada hay lugar que restituya al demandante [...] el valor de los gastos en que incurrió”.

122 Consejo de Estado, Sala Plena, 29 de octubre de 1996, M. P.: SUÁREZ HERNÁNDEZ, actor: JESÚS PÉREZ GONZÁLEZ y otros, demandado: Nación-Ministerio de Hacienda, en el conocido caso “Cusiana”, expediente S-404.

ple, sino en la reglamentación reciente que se ha hecho de la acción popular. Es indiscutible que esta postura genera una de las características sobresalientes de nuestro esquema contencioso, que establece una amplia dosis de inseguridad jurídica para las situaciones jurídicas individuales, que al menos en esos términos no se puede tolerar¹²³. Pensemos en los ejemplos del estadio de fútbol cuya ejecución a cargo de unos contratistas fue suspendida, en el caso de la licencia ambiental que es invalidada, en el mismísimo caso “Dragacol” que, a pesar de haber sido mediatizado plantea el problema que aquí estudiamos, enfin, en todos los demás eventos que citamos en el artículo que acabamos de referir. ¿En qué quedan los derechos individuales que debieron ceder ante los colectivos? ¿Qué régimen de referencia puede utilizar el juez si no cuenta con la reglamentación de las nulidades que vimos en la hipótesis anterior? ¿Se podría aceptar secamente que en todas las situaciones el derecho colectivo se impone sobre el individual? ¿Cuáles son los efectos que se van a dar a la sentencia en la acción popular? La inquietud se genera porque en estos eventos, a diferencia de los anteriores en donde el legislador ha intervenido de manera expresa, no se cuenta con la explicitación de las causales de nulidad ni se establece qué suerte ha de correr el derecho individual. Es por ello, pues, que insistimos en que esta segunda hipótesis de estudio es más peligrosa que la primera y que el juez debe tener claramente en mente, cada vez que hará prevalecer un derecho colectivo sobre uno individual, que dicha prevalencia no puede suponer el sacrificio sin compensación de los derechos individuales. Aquí la regla de interpretación se invierte: ya no se dirá que es excepcional que el particular tenga derecho a una compensación, sino que la misma habrá de ser la regla general, salvo que se establezca que el nacimiento del derecho individual es tan indigno que no puede ser objeto de protección jurídica. Tenemos la percepción de que esta es, por fortuna, la línea interpretativa que se está consolidando en la jurisprudencia¹²⁴.

Mucha suerte de los derechos individuales se jugará, entonces, en el alcance que se quiera dar a los efectos de las acciones públicas sobre los actos de contenido individual. Es por ello que, bajo la perspectiva que estamos manejando, consideramos que:

123 Remito a nuestro precitado escrito *¿Se defienden de la misma manera los derechos colectivos en derecho colombiano y derecho francés?*, sobre todo en el aparte denominado “Derechos colectivos contra derechos individuales”, pp. 440 a 449.

124 Cfr., en este sentido, la siguiente acción popular: Consejo de Estado, Sección Quinta, 9 de noviembre de 2001, M. P.: QUIÑONEZ PINILLA, actor: RODOLFO PUENTES SUÁREZ y otros, expediente AP-194.: “... frente al acto administrativo (los particulares) se encuentran amparados por la confianza legítima y por la presunción de legalidad, la cual podrá ser desvirtuada, entre otras causas, cuando es evidente que el acto ocurrió por medios ilegales”. Se tratará de estar atentos de qué entiende la jurisprudencia por “entre otras causas” y por ello estimamos que el legislador debe intervenir para circunscribirlas correcta y limitadamente.

... la nulidad en el proceso contencioso administrativo tiene unos efectos totalmente diferentes; sólo busca que el orden jurídico del Estado sea reparado, por lo tanto involucra una pretensión general y no particular. Desde este punto de vista, el efecto de la nulidad debe respetar sin duda las situaciones que se han desprendido del acto nulo, constituyendo decisión independiente¹²⁵.

Lo cual supondrá superar, al menos en su aceptación simplona, la posición que indica que en la acción de nulidad “los efectos de la sentencia se retrotraen a la expedición del mismo acto anulado por la jurisdicción competente”¹²⁶.

CONCLUSIONES

1. El daño es el elemento definitorio de las acciones contencioso-administrativas. El régimen de cada acción se define a partir del derecho restablecido, así como el destinatario y la forma de la indemnización. Puesto que la responsabilidad civil es la obligación de resarcir el daño causado, se tiene que identificar el daño para establecer la acción a seguir y por tanto los efectos que se van a dar a las sentencias. La identificación de la prestación a la que queda vinculado el responsable, será determinante para saber qué daño se está reparando y a qué régimen está sujeto el resarcimiento.

2. El daño es lesión de un derecho o merma del patrimonio, con lo cual se entiende que el cubrimiento del objeto de estudio de la responsabilidad civil, tiene que incluir la prevención del daño y el daño colectivo.

3. La decisión de la justiciabilidad de los derechos es altamente política. En Colombia, constituyente y legislador han sido amplios en permitir la posibilidad de accionar judicialmente.

4. Quizás con base en la democracia participativa, se ha privilegiado también el lado “holístico” o colectivo de las acciones. Naturalmente que la gran mayoría de acciones siguen siendo de petición para sí, pero de más en más se utilizan acciones que buscan que el juez intervenga directamente sobre derechos colectivos. La acción popular de nulidad y la a secas llamada acción popular, son pruebas fehacientes de dicha tendencia.

5. El esquema contencioso-administrativo tiene problemas innecesarios que complican los procedimientos y generan incertidumbre. En primer lugar, diseña las acciones a partir de la fuente del daño y no del daño mismo. En

125 SANTOFIMIO GAMBOA. *Tratado de derecho administrativo*, t. III, cit., p. 156.

126 Corte Constitucional, Sala Plena 17 de abril de 1997, M. P.: HERRERA VERGARA, actor: JORGE LUIS PABÓN APICELLA, expediente D-1471.



segundo, establece caducidades diferentes donde no se justifica. Finalmente, genera incertidumbre respecto de la suerte de los derechos individuales frente a los colectivos.

6. Los problemas del esquema pueden ser disminuidos con unos correctos criterios interpretativos. Así, se puede aceptar que toda petición para sí tenga un mismo término de caducidad. Que la distinción básica del régimen de cada acción sea a partir de si se pide para sí o para el colectivo. Que las soluciones en materia de acción popular, como elemento interesante, pero riesgoso del sistema, sean basadas en criterios restrictivos y protectores de los derechos individuales.

7. Usando de su amplia potestad reglamentadora en la materia, sería conveniente que el legislador cambiara el actual esquema contencioso-administrativo.



