

118

CONSEJO DE ESTADO  
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
SECCIÓN TERCERA

**SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO DE ESTADO ENRIQUE GIL  
BOTERO**

**Providencia de la que se salva el voto:** Sentencia de 3 de septiembre de 2008.

Rad: AG- 05200123310002005 (AG-  
00488).

**Consejero ponente:** Ramiro Saavedra Becerra

**Actor:** Ángela Patricia Restrepo Suaza y otros

**Demandado:** Municipio de Medellín

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala, me permito salvar mi voto en relación con la sentencia referenciada, por las consideraciones que expongo a continuación.

La decisión adoptada por la mayoría de la Sala, confirmó una sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, a través de la cual se denegaron las pretensiones de la demanda; el argumento esgrimido en la providencia de la cual me aparto, en síntesis fue, la improcedencia de este tipo de acción constitucional para una controversia que detenta en el ordenamiento jurídico colombiano un procedimiento administrativo y uno judicial especial como es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para asuntos laborales, por una parte; y por la otra, la inexistencia de un daño, cuando lo que se presenta es una acreencia laboral que tiene origen en una relación contractual o reglamentaria.

Habida cuenta, que en la sentencia de la que me aparto, se indica, que el proceso judicial idóneo para este tipo de controversias, es la acción de nulidad y

restablecimiento del derecho, para efectos de explicar las razones de mi disidencia, presentaré en una primera parte, los motivos por los cuales considero que en el análisis judicial de la acción de grupo, sí puede resultar procedente el estudio de la legalidad de los actos administrativos y su eventual declaratoria de nulidad; y en la segunda, haré alusión específica a mi oposición frente a algunos de los argumentos de la providencia de la que me aparto, y que sirven de sustento para soportar la tesis contraria a la por mí expuesta, en la primera parte de este escrito.

### **1. La oportunidad del análisis de la legalidad de los actos administrativos en el juzgamiento de la acción de grupo y la oportunidad de declaratoria de nulidad de los mismos**

Para la explicación de las razones que me llevan a considerar que el juez de la acción de grupo puede analizar la legalidad de actos administrativos relacionados con el *petitum* de ella, e inclusive, pronunciarse sobre una eventual nulidad de éstos, presentaré, en primer lugar, un argumento relativo a la naturaleza y alcances de la acción de grupo, en cuanto acción constitucional (punto 1.1); luego haré alusión a otro, que guarda relación con la naturaleza resarcitoria de esta acción (punto 1.2); y finalmente me referiré a algunas disposiciones de la Ley 472 de 1998 que dan desarrollo a lo anterior (punto 1.3).

#### **1.1- La naturaleza constitucional de la acción de grupo y la procedencia de la misma para el conocimiento de aspectos relacionados directamente con actos administrativos**

El amplio catálogo de derechos consagrados por la Constitución Política, que contempla a aquellos individuales; sociales económicos y culturales; y colectivos; encuentra unos importantes instrumentos de defensa, en el mismo texto constitucional, bajo el título: "De la protección y aplicación de los derechos"<sup>1</sup>. En este aparte se contienen básicamente: normas sobre la interpretación de los derechos; las denominadas acciones constitucionales; la permisión al legislador

<sup>1</sup> Capítulo 4 del Título II de la Constitución Política.

para la creación de otras acciones judiciales y administrativas orientadas a este fin; la responsabilidad patrimonial del Estado y de sus agentes; y la responsabilidad penal y disciplinaria de estos últimos.

De este conjunto de instrumentos de defensa de los derechos, contemplados constitucionalmente, para los efectos del tema que nos ocupa, vale la pena resaltar dos situaciones:

En primer lugar, que existen unas acciones de rango constitucional, y otras de naturaleza legal, lo cual supone, de manera lógica, que dentro de las primeras (acción de tutela, popular y de grupo) se puede y debe comprender, un desarrollo legal de las mismas, que no puede desnaturalizar su esencia, por el rango que estas ocupan.

En segundo lugar, que la responsabilidad patrimonial del Estado, es concebida por nuestro texto constitucional, como un instrumento de defensa de los derechos de todos. En este sentido, las limitaciones que se le impongan al deber del Estado de responder patrimonialmente, por los daños antijurídicos que le resulten imputables, son contrarias al texto político, ya que con ellas se estaría entorpeciendo, nada más y nada menos, que la defensa del catálogo de derechos de los habitantes del territorio nacional.

Estas dos consideraciones sirven para alcanzar una justa comprensión de las acciones de grupo, sobre las que la Carta Política se limita a señalar: "(la ley) ...regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares."

Sin esfuerzo argumentativo alguno, se puede deducir entonces, que las acciones de grupo que se interpongan contra sujetos públicos, en términos constitucionales, detentan al menos la siguiente configuración:

- 1) Tienen rango constitucional y por ende, el legislador debe respetar su naturaleza y esencia; y su correspondiente desarrollo legal debe ser interpretado con base en ello;
- 2) Son un instrumento para la defensa de algunos derechos de rango constitucional. ¿Cuáles?: Los que resulten afectados con ocasión de daños antijurídicos imputables a sujetos públicos.
- 3) Son el único instrumento de rango constitucional concebido para garantizar la responsabilidad patrimonial del Estado, que como se anotó, en sí misma constituye una herramienta de defensa de los derechos constitucionales.

Apertándose del análisis de conveniencia y oportunidad conceptual de las tradicionales categorías de la actuación administrativa en el derecho colombiano: actos (unilaterales), contratos, omisiones, hechos y operaciones; se puede decir de manera pacífica, que cualquiera de ellas puede producir daños antijurídicos.

Si las acciones de grupo, como se indicó, están concebidas, entre otras, para garantizar la responsabilidad patrimonial del Estado, de manera alguna podría señalarse que estas solo resultan procedentes cuando los daños sean imputables a algunas actuaciones administrativas y a otras no. Entender esto significaría una flagrante violación a la Constitución Política, que como se señaló, no distingue entre las actuaciones administrativas (estatales) que dan lugar a una responsabilidad estatal y aquellas que no.

Como consecuencia de esta situación, si el legislador estableciera la procedencia de las acciones de grupo únicamente contra hechos, omisiones y operaciones administrativas, estaría limitando su alcance constitucional. Esta consideración en términos lógicos significa, que la interpretación que se le debe dar a la Ley que desarrolle las acciones de grupo no puede ser restrictiva, sino extensiva de las actuaciones administrativas que pueden dar lugar a la generación de daños y a la consecuente responsabilidad patrimonial del Estado.

Se infiere entonces, que en mi entender, la interpretación de la posición mayoritaria de la Sala, contraviene la Constitución Política y en particular la naturaleza y esencia que ella le otorga a la acción de grupo, toda vez que, perfectamente una acción de este tipo puede centrar su atención exclusivamente en un daño producido por un acto administrativo, y esta posibilidad, a su vez, no se puede limitar: El daño lo puede producir un acto administrativo legal, pero también uno ilegal.

Vale la pena aclarar, que al menos desde esta exclusiva perspectiva constitucional, lo antes dicho, de manera alguna significa, que en desarrollo de la acción de grupo se pueda o deba declarar la nulidad de actos administrativos. Una cosa es que en el contexto de la acción de grupo se pueda conocer, si es del caso, de actos administrativos ilegales, y otra muy distinta que, el juez tenga la capacidad de pronunciarse sobre este aspecto. Este problema, se analizará en el siguiente numeral.

**1.2- La naturaleza resarcitoria de la acción de grupo y la procedencia de la misma para el juzgamiento de la legalidad de actos administrativos.**

De manera independiente al desarrollo legal de la acción constitucional que se estudia, de lo sostenido en el anterior numeral, se deriva la connotación resarcitoria de la acción de grupo. Cuando un número plural de personas se reúne para su presentación, existe, sin discusión, un interés subjetivo de cada una de ellas, de que se le indemnicen unos perjuicios.

Como se observa, la existencia del grupo, no desdibuja la configuración de una sumatoria de intereses subjetivos de sus miembros que encuentran una causa común; en el caso que se estudia, reconocida en el daño antijurídico que se le imputa a la administración.

Indicar, que no resulta viable la imputación de un daño, a un acto administrativo ilegal proferido por un sujeto público, en el contexto de una acción de grupo, constituye, sin duda alguna, un límite a la connotación resarcitoria antes aludida, toda vez que el grupo podrá obtener una condena que le reconozca una indemnización de perjuicios derivada de la antijuridicidad de un daño imputable a un hecho, omisión u operación administrativa, mas no a un acto administrativo.

La dimensión colectiva que es inherente a la acción de grupo, que entre otras, contribuye a la economía procesal y a la eficiencia de la Justicia, encontraría en la hipótesis que se estudia, una restricción cuando se trate de actos administrativos ilegales productores de daños, ya que en este caso, solo sería posible acceder a la Justicia a través de acciones de tipo individual, específicamente: la de nulidad y restablecimiento del derecho.

En forma más clara, lo anterior significa, que en el contexto de la tesis mayoritaria de la que me aparto, los particulares cuando sufran daños imputables al Estado, pueden optar, de ser posible, por acciones individuales o colectivas; las primeras resultan viables frente a cualquier comportamiento administrativo, mientras que en las segundas, se excluirían algunos de ellos, en particular, los actos administrativos ilegales. La limitación a accionar, como se observa, no es aparente y en consonancia con lo sostenido en el anterior numeral, es inconstitucional.

En lo que respecta a la posibilidad de que en una acción de grupo se pueda analizar el daño imputable a un acto administrativo ilegal, sin que esto demande, un pronunciamiento de nulidad, su solo planteamiento resulta absurdo. En la hipótesis que se analiza, el daño antijurídico se configuraría, justamente, por la ilegalidad de un acto administrativo, la cual debe ser declarada, para con base en ello, hacer el ejercicio lógico que se deriva del artículo 90 constitucional: identificar el daño e imputarlo al Estado, en razón de la producción que este hizo de un acto administrativo ilegal, que tuvo vida, en virtud de la presunción de legalidad que es propia de los actos de esta naturaleza.

Una acción judicial como la de nulidad y restablecimiento del derecho, está configurada en el ordenamiento jurídico colombiano, como una acción de tipo material<sup>2</sup>, es decir, una acción cuya finalidad es proteger intereses de carácter subjetivo, que pueden resultar afectados con la ilegalidad de un acto administrativo que necesariamente y de manera previa, debe ser declarada por el juez de conocimiento. La experiencia francesa de la "acción de plena jurisdicción", de la que probablemente proviene la lógica de esta acción, ha enseñado, que cuando un daño antijurídico es producido por un acto administrativo ilegal, debe declararse la nulidad de este, pero también y como consecuencia de lo anterior, reconocerse el pago de unos perjuicios<sup>3</sup>.

Mutatis mutandi, si se concibe que con la acción de grupo se puede y se debe conocer también de daños producidos por actos administrativos ilegales en virtud de su configuración constitucional (punto 1.1), se debe decir, que en estos casos, el juez del conocimiento, debe declarar la ilegalidad del acto administrativo (nulidad) y luego imputar el daño alegado a esta actuación del Estado, para solo con base en ello, reconocer una indemnización de perjuicios.

Como consecuencia de lo anterior, si el juez de la acción de grupo se encuentra frente a un daño alegado por un número plural de personas, imputable a un acto administrativo ilegal, debe determinar si esto en efecto es así o no, y solo en caso de lo primero, le resultará posible identificar y tasar los perjuicios alegados por los actores. La declaratoria de nulidad de actos administrativos, constituye entonces un presupuesto, para aquellas acciones de grupo en que se alegan daños imputables a la ilegalidad de este tipo de manifestaciones unilaterales.

<sup>2</sup> La doctrina, principalmente la francesa, ha distinguido tradicionalmente entre una clasificación de acciones que se inspira en los poderes del juez (capacidad de anular actos y capacidad de reconocer perjuicios), y otra que se inspira en la aspiración del actor (que se declare la nulidad de un acto o que se le reconozca un perjuicio); a esta última se la suele llamar material y aunque suele atribuírselo a una consideración personal de LEON DUGUIT, es la comprensión más común que en la actualidad se le da a las acciones contencioso administrativas. Cf. OLIVIER GAHIN, *Contentieux Administratif*, París, Lbac, 1999, P.p. 169 - 173.

<sup>3</sup> Consejo de Estado francés. Sentencia de 7 de febrero de 1986 (Rec: CE 396) *Caisse régionale d'Assurance-maladie Alsace-Moselle*. En este mismo sentido: YVES GAUDENET, *Droit administratif*, París, L.G.D.J., 2005, P.p. 93-95.

### **1.3- La procedencia de la acción de grupo para el juzgamiento de la legalidad de actos administrativos en la Ley 472 de 1998**

Con base en las anteriores consideraciones, pero sobre todo en las contenidas en el numeral 1.3 de este salvamento de voto, la lectura que se le debe dar a la Ley 472 de 1998, en relación con la oportunidad de la acción de grupo para conocer de distintas actuaciones administrativas que puedan producir daños antijurídicos, debe ser extensiva y no restrictiva, ya que eventuales límites resultarían contrarios a la Constitución Política.

En este sentido deben entenderse las disposiciones relativas a la acción de grupo contenidas en esta ley, en la que sobra decir, en ninguna parte se alude a la imposibilidad de que la acción de grupo no proceda frente al cuestionamiento de daños antijurídicos producidos por actos administrativos ilegales.

En la misma definición de la acción de grupo contenida en la ley, se hace alusión a su naturaleza resarcitoria, y solamente se alude una causa común, que perfectamente podría ser un acto administrativo ilegal:

"Acciones de Grupo. Son aquellas acciones interpuestas por un número plural o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas." "La acción de grupo se ejercerá exclusivamente para obtener el reconocimiento y pago de indemnización de los perjuicios."<sup>4</sup>

Esta misma idea, es reproducida por la ley, con ocasión de la delimitación de la legitimidad activa de esta acción:

<sup>4</sup> Texto vigente del artículo 3 de la Ley 472 de 1998 reproducido por el artículo 46 de la misma ley, relativo a la "procedencia de las acciones de grupo".

\*Titulares de las acciones. Podrán presentar acciones de grupo las personas naturales o jurídicas que hubieren sufrido un perjuicio individual, conforme lo establece el artículo 47<sup>6</sup>

Como se observa, la ley es clara en establecer que el presupuesto para que se interponga una acción de grupo es el haber sufrido un daño, sin especificar cual debe ser la causa del mismo.

Mas adelante en el artículo 52 de esta misma ley, se establecen los requisitos de la demanda a través de la cual se pretenda presentar una acción de grupo, y allí se consagra, que se debe cumplir lo establecido en el Código de Procedimiento Civil y en el Código Contencioso Administrativo, según sea el caso.

Para efectos de una correcta comprensión del precitado mandato, no se debe recurrir, únicamente a lo dispuesto en el estatuto que nos compete (Código Contencioso Administrativo) en relación con la acción de reparación directa, toda vez, que también la acción de nulidad y restablecimiento del derecho (entre otras) detenta carácter resarcitorio. El numeral 2 del artículo 137 de este Código, establece como requisito "lo que se demanda" y esto debe entenderse de conformidad con lo que se pide; en el caso de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, se hace necesario referir el acto administrativo de cuya ilegalidad se alega un daño.

Finalmente, vale la pena advertir, que no puede ser de recibo el argumento, de que como el artículo 65 de la Ley 472 de 1998 relativo al contenido de la sentencia de la acción de grupo no hace referencia a una declaratoria de nulidad de actos administrativos, esta no se puede hacer, con base en lo sostenido en este salvamento de voto.

<sup>6</sup> Texto vigente de la primera parte del artículo 48 de la Ley 472 de 1998. El artículo 47 de la misma ley mencionado en esta disposición, hace relación a la caducidad de la acción.



Al respecto, se insiste en lo anotado en el numeral 1.2 de este escrito; si se constata un daño que es producido con ocasión de la ilegalidad de un acto administrativo, debe determinarse y declararse ésta (nulidad) para efectos de hacer el análisis de imputación y posterior responsabilidad. La acción de grupo no fue creada para obtener la anulación de actos administrativos, pero esta puede resultar necesaria, para efectos de cumplir los objetivos de esta acción constitucional: resarcir daños antijurídicos sin importar la actuación que los produzca.

## **2. Algunas consideraciones sobre los argumentos expuestos por la tesis mayoritaria de la Sala y que resultan contrarios a la posición expuesta en el numeral anterior**

Dos son los argumentos principales esgrimidos en la sentencia de la que me aparto, para denegar la procedencia de la acción de grupo frente a los daños alegados por la parte actora, relacionados con acreencias laborales. Estos se sintetizan en un párrafo de la parte motiva:

"En síntesis, se concluye que las acciones de grupo no son procedentes para solicitar el cumplimiento de acreencias laborales, en primer lugar, porque existe un debido proceso distinto establecido por nuestro ordenamiento jurídico, para evacuar este tipo de peticiones, en donde se respeta la facultad de auto – tutela que tiene la administración y se le da la oportunidad al particular de satisfacer sus pretensiones acudiendo en primer lugar a ésta; y en segundo lugar, porque este tipo de pretensiones no cumplen con la finalidad notadamente indemnizatoria de la acción de grupo, rompiendo la relación directa e inescindible que tiene que haber entre la finalidad del instrumento procesal escogido por el particular y las pretensiones que se presentan en la demanda."

En relación con el primero de los argumentos, la posición mayoritaria sostiene, que en caso de que se persiga la reclamación de acreencias laborales, el camino a seguir, es en primer lugar, presentar un derecho de petición solicitándolas, y en caso de que su respuesta sea negativa, se agotará la vía gubernativa y se



procederá a la interposición de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Si bien es cierto, que éste es el modo a seguir establecido por nuestro ordenamiento jurídico de manera convencional, puede acontecer también, que con una conducta administrativa (omisión o acto administrativo ilegal) se produzca un daño que afecta a una colectividad. En caso de que esto ocurra, es perfectamente viable la procedencia de una acción de grupo, en la que distintos intereses subjetivos unen sus esfuerzos, para perseguir la reparación de un daño, entre otros, con fines de economía procesal.

Indicar que existen otros mecanismos ordinarios como hace la posición mayoritaria de la Sala, significa atribuir una connotación subsidiaria a la acción de grupo, que constitucionalmente no detenta, como por ejemplo ocurre en el caso de la acción de tutela. El único presupuesto para la procedencia de una acción de grupo, es que se alegue un daño patrimonial originado en una causa común, por un grupo de personas; no estudiar el fondo de un asunto, en que se constate esto, so pretexto de la existencia de unos mecanismos judiciales y administrativos ordinarios, constituye en mi opinión, una denegación de justicia.

En el caso objeto de estudio, existe un grupo de personas, que se sienten dañadas, como consecuencia de la negativa de la administración pública (municipio de Medellín) de reconocerles una prima a la que se sienten con derecho; si se observan con detenimiento las pretensiones de los mismos, el requerimiento de ellos, no es que se analice la legalidad o ilegalidad de esa decisión en abstracto, sino que se les reconozca la ocurrencia de un daño que da lugar a una indemnización.

Si el daño alegado por el grupo actor, resulta proveniente de una omisión (no darles la prima) o de un acto administrativo (de negativa expresa de este derecho), esto debe resultar indiferente para la acción de grupo, ya que como se sostuvo en la primera parte de este escrito, su naturaleza resarcitoria no puede limitarse a unos comportamientos administrativos, dejando otros por fuera.

Finalmente, y siempre en relación con este primer argumento, indicar que en materia de acreencias laborales existen unos instrumentos para garantizar el debido proceso, que hacen inviable la procedencia de la acción de grupo, resulta contrario al espíritu constitucional de esta acción. Mal hace, en mi entender, el juez de su conocimiento, efectuando una selección material de algunos asuntos que no se pueden ventilar por este medio. Insisto que en mi criterio, lo único que le debe importar al juez de esta acción, es evidenciar un daño, imputable en este caso a la administración, que afecta de manera común, a un grupo de personas.

En relación con el segundo de los argumentos esgrimidos por la posición mayoritaria de la Sala, esto es, que no puede confundirse una acreencia que detenta origen contractual o reglamentario, con un daño, vale la pena transcribir un párrafo de la sentencia, donde en mi entender se materializa el sustento de ello:

"De esta forma, se distingue entre el **débito** y la **responsabilidad**, siendo el primero la prestación original incumplida, la cual se puede satisfacer "in natura" o mediante un subrogado pecuniario; y el segundo, la obligación que surge en cabeza del deudor de indemnizar todos los perjuicios que se causen por su incumplimiento"

En el caso que dio lugar a la sentencia de la que me aparto, el grupo alegó, dentro de sus pretensiones, que se le indemnizaran los perjuicios causados, como consecuencia de la negativa de la administración de reconocerles una prima. Esta solicitud, no solamente es formal, en efecto, solicitaron que se les cancelaran los intereses moratorios, así como el reconocimiento de su derecho laboral por el tiempo que no había sido pagado.

Sin entrar en el fondo de su solicitud, que no fue posible revisar en Sala, dada la negativa de la sentencia de analizarlo por la supuesta improcedencia de la acción de grupo, resulta en mi opinión evidente, que el grupo reclamó la existencia de un daño y solicitó la correspondiente indemnización de perjuicios, que obviamente, incluye el definitivo reconocimiento de su prima.

Por lo anterior, me aparto de la posición mayoritaria de la Sala, y creo que en la acción de grupo invocada, resultaba procedente un análisis de fondo, en relación con el daño y los perjuicios alegados por la parte actora.

Bogotá D.C, 23 de enero de 2009,

ENRIQUE GIL BOTERO

A large, stylized handwritten signature in black ink, consisting of several vertical strokes and a large, curved flourish on the right side.