

**APOYO A LA UNIDAD DE LITIGIOS DE CÁCERES Y VIRVIESCAS EN LA
PRÁCTICA DE LITIGIO ADMINISTRATIVO Y EN LITIGIO ESTRATÉGICO**

Andrea Juliana Herrera Vanegas

Trabajo de grado para optar al título de
Abogada

Tutora de prácticas:

María Camila Virviescas Téllez

Director de trabajo de grado:

Mg. José Jans Carretero Pardo

Universidad Industrial de Santander
Facultad de Ciencias Humanas
Escuela de Derecho y Ciencias Políticas
Bucaramanga
2022

La vida se encarga de ponernos en el lugar

en el que nos corresponde estar;

En tanto las cosas suceden en la forma en la que deben pasar;

En el tiempo en el que necesitan pasar y

Con quienes nos merecen pasar...

De nosotros dependerá qué

podamos asumir y aprender de esta realidad.

Dedicatoria

A mi padre: quien ha sido mi amigo, mi crítico y mi apoyo para salir adelante; a su ejemplo, a sus esfuerzos y al infinito amor que siempre me ha dado.

Los logros de mi vida los dedico a la familia que me puso la vida y a los amigos que se han vuelto a su vez la familia que elegí. Gracias al amor y al cuidado que me han brindado en medio de los altibajos del camino he tenido el tanque de oxígeno necesario para seguir navegando en medio de los pequeños y los grandes diluvios que trae consigo la existencia. Ustedes son mi más grande privilegio y tesoro.

Con igual gratitud y afecto dedico este logro y los futuros que vendrán a Rocío Serrano, Jorge Cáceres y Eduardo Muñoz Serpa. Su cariño, paciencia, sapiencia y sus exigencias en medio de mis arranques, de mis flaquezas, de mis desaciertos y de mis locuras, me han ayudado a lo largo de estos años a forjar la vocación y el amor que surge por el derecho privado cuando se comprende desde su carácter científico, práctico, ético y humanista. Sus constantes enseñanzas, apoyo y consejos sobre lo cotidiano y el derecho, han sido de las más grandes y nutritivas experiencias que he podido tener y de la cual espero la vida me permita seguir disfrutando por largo tiempo.

La abogada y ser humano que soy y seré

tiene y tendrá en su ADN valiosas trazas de todos ustedes

Agradecimientos

Agradezco a quienes jugaron un papel esencial en este proceso: Jose Jans Carretero Pardo y José Orlando Ramírez; por la infinita paciencia en la instrucción y el soporte de lo que significó un desafío físico, emocional y mental como aquel que sucede cuando se sale de la zona de confort para aventurarse a nuevos retos -y se sobrevive en el intento-.

Infinitamente agradecida, con *Mi Alma*, la Escuela de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Industrial de Santander y especialmente agradecida con Javier Alejandro Acevedo: por los consejos, por el soporte, por las segundas oportunidades de la vida; por retarme... por permitirme disfrutar de esta casa de estudios, que es mi hogar y hacer de este, el lugar para crear y materializar tantas metas y anhelos surgidos a lo largo de estos años y de los que vendrán.

Contenido

| | |
|--|----|
| Introducción | 11 |
| <i>Planteamiento del problema:</i> | 12 |
| 1. Objetivos | 14 |
| <i>1.1. Objetivo general:</i> | 14 |
| <i>1.2 Objetivos Específicos</i> | 15 |
| 2. Metodología | 15 |
| 3. Información sobre la organización: | 17 |
| <i>3.1. Descripción de la organización o entidad</i> | 17 |
| <i>3.2. Misión</i> | 17 |
| <i>3.3. Visión</i> | 18 |
| <i>3.4. Valores corporativos</i> | 18 |
| 4. Marco de antecedentes jurídicos..... | 18 |
| 5. Marco teórico | 27 |
| <i>5.1. Desarrollo y seguimiento de procesos adscritos a la unidad de litigios y consultoría en asuntos administrativos:</i> | 28 |
| 5.1.1. Introducción:..... | 28 |
| 5.1.2. Principios aplicables a la jurisdicción de lo contencioso administrativo en Colombia. | 30 |
| 5.1.3. Medios de control en la jurisdicción de lo contencioso administrativo aplicados en la práctica realizada:..... | 38 |
| 5.1.3.1. Nulidad por inconstitucionalidad..... | 38 |
| 5.1.3.2. Nulidad simple. | 40 |
| 5.1.3.4. Nulidad y restablecimiento del derecho..... | 42 |
| 5.1.2.4. Acción de reparación directa. | 43 |
| 5.1.3.6. Acción de repetición. | 47 |
| 5.1.3.7. Acción popular. | 51 |
| 5.1.3.8. Acción de cumplimiento. | 53 |

| | |
|---|-----------|
| <i>5.2. Práctica en la unidad litigio de alto impacto para la defensa del derecho del consumidor:</i> | <i>55</i> |
| 5.2.1. Introducción: | 55 |
| 5.2.2. Autonomía de la voluntad: cómo la vulneración al derecho a la información genera daño al consumidor: | 57 |
| 5.2.3. El daño al consumidor ocasionado por productos defectuosos o de calidad subestándar: | 66 |
| PFT alterado: | 67 |
| PFT fraudulento: | 68 |
| 5.2.4. Mecanismos y acciones jurisdiccionales para la defensa del consumidor: | 69 |
| 5.2.5. Litigio de alto impacto y la class action como mecanismo para la defensa de los derechos del consumidor: | 70 |
| 5.2.6. Aspectos relevantes sobre las acciones de grupo como mecanismo para el resarcimiento del daño a un número plural de personas: | 71 |
| 6. Marco conceptual | 74 |
| <i>a. Efectos inter partes:</i> | <i>74</i> |
| <i>b. Cláusulas reglamentarias:</i> | <i>74</i> |
| <i>c. Negocio jurídico:</i> | <i>75</i> |
| <i>d. Contrato de consumo:</i> | <i>75</i> |
| <i>f. Autonomía de la voluntad:</i> | <i>76</i> |
| 7. Actividades realizadas | 77 |
| 7.1. <i>Actividades realizadas en el marco del desarrollo y seguimiento de procesos adscritos a la unidad de litigios y consultoría en asuntos administrativos:</i> | <i>78</i> |
| 7.2. <i>Actividades realizadas en el marco de la práctica de litigio de alto impacto para la defensa de los derechos del consumidor:</i> | <i>85</i> |
| 8. Conclusiones | 88 |
| Referencias bibliográficas | 94 |

Apéndices

Dados los asuntos manejados en la práctica empresarial como apoyo a la unidad de litigios de Cáceres y Virviescas en la práctica de litigio de alto administrativo y de litigio estratégico para la defensa de los derechos del consumidor, se deberá entender la reserva y confidencialidad que muchos de estos disponen.

Al tratar asuntos de litigio administrativo competentes a organismos del Estado donde se manejan datos sensibles o cuyos procesos se mantienen actualmente en curso; así como los casos correspondientes a las acciones de grupo interpuestas como litigio de alto impacto para la defensa de los derechos del consumidor, los cuales contienen reserva legal, se excluirán del presente trabajo algunos documentos sujetos a reserva. Dichos apéndices se encontrarán adjuntos al presente trabajo y podrán visualizarse en la base de datos de la Biblioteca UIS.

Glosario

CC.: Código Civil.

CCo.: Código de Comercio.

CEPAL: Comisión Económica Para América Latina y el Caribe.

CGP: Código General del Proceso.

CP: consejero(a) Ponente.

CPACA: Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

CSJ: Corte Suprema de Justicia.

DDFF: Derechos Fundamentales.

DIH: Derecho Internacional Humanitario.

FDA: *Food and Durgs Administration* (Por sus siglas en inglés)

INVIMA: Instituto Nacional de Vigilancia de Alimentos y Medicamentos.

S.A.: Sociedad Anónima.

S.A.S: Sociedad por Acciones Simplificada.

SIC: Superintendencia de Industria y Comercio.

MP.: Magistrado(a) Ponente.

NNA: Niños, Niñas y Adolescentes.

OMS: Organización Mundial de la Salud.

OPS: Organización Panamericana de la Salud.

PFT: Productos Fito Terapéuticos.

Resumen

Título: Apoyo a la unidad de litigios de Cáceres y Virviescas en la práctica de litigio administrativo y litigio estratégico¹.

Autor: Andrea Juliana Herrera Vanegas²

Palabras Clave: Litigio de alto impacto, derecho de consumidor, derecho de los mercados, derecho administrativo, derecho público.

Descripción:

El presente trabajo se compone de un informe que presenta, en primer lugar, un estudio sustancial y procesal de los principales medios de control para la práctica del litigio administrativo, así como del litigio de alto impacto aplicable al derecho de consumo mediante la figura de la acción de clase o “*class action*” realizando un énfasis especial en la aplicación del derecho a la información del consumidor como materialización de la buena fe contractual en los contratos de consumo al tenor de lo dispuesto en la Ley 1480 de 2012, el Estatuto del Consumidor. Como segundo aspecto, un informe ejecutivo de las actividades desarrolladas en la práctica empresarial en convenio con la firma CÁCERES Y VIRVIESCAS ABOGADOS ASOCIADOS, como marca perteneciente a la COMPAÑÍA DE INVERSIONES ESTRATÉGICAS SAS.

La labor realizada entre el periodo comprendido en los meses de febrero a abril del año 2022 y plasmada en el presente documento, consistió en el apoyo a la unidad de litigios en el área de derecho administrativo, así como en el área de litigios de alto impacto para la defensa del derecho del consumidor como parte esencial del trabajo de grado en modalidad “práctica jurídico-empresarial” correspondiente a la Escuela de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Industrial de Santander.

¹ Trabajo de grado

² Facultad de Ciencias Humanas. Escuela de Derecho y Ciencia Política. Tutora de prácticas, María Camila Virviescas Téllez.

Abstract

Title: Apoyo a la unidad de litigios de Cáceres y Virviescas en la práctica de litigio administrativo y litigio estratégico.

Author(s): Andrea Juliana Herrera Vanegas³

Key Words: *High impact litigation, consumer law, market law, administrative law, public law.*

4

Description:

This work consists of a report that presents, first, a substantial and procedural study of the main means of control for the practice of administrative litigation, as well as high impact litigation applicable to consumer law through the figure of the class action or "class action" with special emphasis on the application of the right to consumer information as a materialization of contractual good faith in consumer contracts in accordance with the provisions of Law 1480 to 2012, the Consumer Statute. As a second aspect, an executive report of the activities developed in the business practice in agreement with the firm CÁCERES Y VIRVIESCAS ABOGADOS ASOCIADOS, as a brand belonging to COMPAÑÍA DE INVERSIONES ESTRATÉGICAS SAS.

The work performed from February to April 2022 and reflected in this document, consisted in the support to the litigation unit in the area of administrative law, as well as in the area of high impact litigation for the defense of consumer law as an essential part of the degree work in "legal-business practice" modality corresponding to the School of Law and Political Science of the Universidad Industrial de Santander.

³ Work grade

⁴ Faculty of Human Sciences. School of Law and Political Science. Internship tutor, María Camila Virviescas Téllez

Introducción

Atendiendo a los fines misionales de la Universidad Industrial de Santander, en los cuales busca formar a profesionales integrales, éticos, con sentido político e innovadores y en concordancia con el principio de articulación “universidad-sociedad”, el acuerdo 004 del 12 de febrero de 2007 ha dispuesto, en el literal d, del artículo 4, la modalidad de práctica empresarial como opción de grado, entendiéndola como aquella “experiencia académica en la cual el estudiante entra en contacto e interactúa a través de proyectos específicos, con la realidad de contextos empresariales a nivel local, nacional o internacional en áreas de su profesión, en la cual aplica y fortalece competencias personales y profesionales”.

Así las cosas, la Escuela de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Industrial de Santander permite articular dichas disposiciones con la posibilidad de que los estudiantes de último año matriculados en la asignatura Trabajo de grado II realicen sus prácticas de grado en diferentes entidades del sector privado como lo son el caso de los despachos jurídicos, espacios donde se pretende el estudiante adquiera diferentes tipos de destrezas, tanto académico-profesionales como personales que le permitan mejorar las habilidades previamente adquiridas, así como iniciar el camino para la construcción de aquellas requeridas.

En concordancia con lo ya expuesto, la firma Cáceres y Virviescas Abogados Asociados, desde sus diferentes departamentos, brinda la posibilidad para que el practicante vinculado en las condiciones anteriormente descritas pueda desempeñar labores de asistencia en el ejercicio práctico del derecho. En este orden de ideas, el ejercicio propuesto tuvo los siguientes alcances:

i) Adelantar acciones en materia sustancial y procesal ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, encaminadas a en la revisión y asistencia de contratos en consultoría externa en asociación con la firma Consulting and Legal Services con sede en la ciudad de Bogotá;

ii) Atender procesos correspondientes a la Superintendencia de Notariado y Registro nacional interlocutando con la Agencia para la Defensa Jurídica del Estado;

iii) Afianzar conocimientos concernientes al derecho de consumo, con un enfoque innovador enfocado en el derecho a la información del consumidor y al derecho de daños aplicables al derecho de consumo;

iv) Aprender y poner en práctica los abordajes y aspectos procesales relativos a la implementación de la acción de grupo como mecanismo para el resarcimiento del daño a un número plural de consumidores.

Planteamiento del problema:

Así las cosas, para el planteamiento del problema de estudio del presente trabajo, a lo largo del estudio de pregrado de derecho escuela de derecho ciencia política de la universidad industrial de Santander se ha podido adquirir diferentes conocimientos habilidades y recursos, entre los que se comprenden: el derecho de daños; el derecho comercial; el derecho constitucional; el derecho público y administrativo; el derecho probatorio, entre otros tantos propios de la iuris y de áreas complementarias que permiten brindar una mirada actual e integral sobre los aspectos fundamentales del derecho de consumo y del derecho administrativo.

Respecto al derecho de consumidor, vale mencionar que este se transforma de manera constante, adquiriendo diferentes elementos desde el ámbito de lo jurídico, lo científico, lo económico y lo social,

permitiendo un abordaje amplio, estructural y multifactorial sobre las dinámicas de consumo y, por sobre todo, respecto a la relación desigual entre el proveedor y el consumidor como sujeto de protección constitucional. Esta evolución implica el estudio constante de la jurisprudencia de los tribunales constitucionales, así como de las decisiones de los tribunales administrativos que ejercen control jurisdiccional en Colombia como lo es la Superintendencia de Industria y Comercio. A su vez, implica el estudio de las diferentes tendencias que se vienen marcando a nivel nacional e internacional sobre el derecho de mercados y la salvaguarda de los derechos humanos aplicables a las dinámicas de consumo de la sociedad contemporánea.

Sin embargo, no basta solo con el conocimiento sustancial y doctrinal correspondiente a los asuntos sobre los cuales versa el derecho de consumo y la defensa de los derechos del consumidor como sujeto dentro de la relación desigual existente en los contratos de esta índole. Resulta imprescindible, para la efectivización de las garantías dispuestas, la comprensión y práctica de los aspectos en materia procesal y procedimental desarrollados por la normativa colombiana para la defensa de dichos derechos. Para el caso concreto, se realizó una tarea de aprendizaje y puesta en práctica de conocimientos a fin de evidenciar la importancia del litigio de alto impacto -más exactamente, de la acción de grupo-, como mecanismo constitucional para el resarcimiento del daño a un número plural de personas como es el caso de los consumidores, permitiendo dar un enfoque innovador basado en las garantías constitucionales, la economía procesal y en las tendencias contemporáneas devenidas de la “*Class Action*” norteamericana y del derecho privado europeo en aras de atender a las necesidades y los retos de la economía de mercado en el mundo globalizado de hoy.

1. Objetivos

1.1. Objetivo general:

Desempeñar labores, desde las áreas de Derecho Administrativo y Litigio de alto impacto para la defensa del derecho del consumidor, a partir de la adquisición de nuevas habilidades y afianzamiento de conocimientos preexistentes.

Esta práctica profesional, permitió a la estudiante desempeñar labores, adquirir nuevas habilidades y afianzar conocimientos en dos áreas del derecho: Derecho Administrativo y Litigio de alto impacto para la defensa del derecho del consumidor.

Respecto al Derecho Administrativo, se requirió un conocimiento teórico y práctico en aspectos sustanciales, procesales y procedimentales que brindasen unas bases suficientes para la realización de las labores encomendadas, tendientes a asistir en procesos correspondientes a la Superintendencia de Notariado y Registro; realización de cuentas de cobro; actualización de procesos ante la Agencia Para la Defensa Jurídica del Estado, entre otras labores.

En lo correspondiente al componente de Litigio en alto impacto para la defensa del derecho del consumidor, se requirieron conocimientos previos en derecho privado, derecho del consumidor, derecho constitucional y derecho de daños para sustentar, desde los precedentes jurisprudenciales, la doctrina y el derecho comparado, los argumentos y abordajes suficientes sobre los litigios asignados.

1.2 Objetivos Específicos

Profundizar en los conocimientos propios del derecho procesal y sustancial para el abordaje de procesos civiles y administrativos, mediante la proyección, creación y estudio de diversos documentos jurídicos.

Desarrollar habilidades y destrezas para el abordaje, análisis y resolución de procesos judiciales en las áreas de derecho de consumo y administrativo.

Asistir en la práctica de procesos civiles y administrativos mediante el estudio y ejercicio en diversos casos correspondientes a las áreas mencionadas.

2. Metodología

El desarrollo metodológico adoptado para la presente práctica jurídico empresarial se desarrolló teniendo como base la metodología adoptada por la firma Cáceres y Virviescas Abogados Asociados para la puesta en práctica de sus proyectos particulares, así como para la vinculación de los profesionales para la ejecución de sus labores.

Dicho abordaje metodológico se plantea en cinco (5) etapas las cuales se irán desarrollando a lo largo de los cuatro (4) meses de duración de la práctica, con un seguimiento por medio de la elaboración de tres (3) informes periódicos por cada mes calendario desde el inicio de la misma, así como de un informe final en el cuarto mes donde se abordarán todas las actividades desarrolladas, un análisis del trabajo realizado y las conclusiones de la misma. Así las cosas, las etapas propuestas son las siguientes:

- i. Conocimiento de la empresa, el cliente empresarial asignado y las funciones propias del puesto.
- ii. Proyección de escritos jurídicos.
- iii. Presentación y gestión de procesos.
- iv. Apoyo a audiencias de la unidad de litigios.
- v. Retroalimentación de las actividades desarrolladas.

Desde el área de litigio de alto impacto, se realizaban de manera inicial, estudio amplio sobre el caso en concreto a desarrollar, desde los enfoques de precedentes, material probatorio, jurisprudencia y decisiones administrativas, doctrina, estudios científicos y demás relativos al caso.

Tomando como insumos, la información recolectada y analizada, se proyectaba de la teoría del caso, definiendo las instituciones jurídicas pertinentes, con especial enfoque en el derecho de daños al consumidor.

Formulada la teoría del caso, se estructuraba el escrito de demanda, tomando estilo de redacción americano, consistente en sustentar los hechos formulados con su respectivo material probatorio, de ser posible, a fin de delimitar hechos jurídicamente relevantes, con sustento probatorio.

3. Información sobre la organización:**3.1. Descripción de la organización o entidad**

La firma Cáceres & Virviescas Abogados Asociados, es una marca comercial bajo la Sociedad Compañía de Inversiones Estratégicas SAS (Inverestrategicas SAS), la cual se constituye como una sociedad colombiana que realiza actividades de derecho privado, identificada con NIT número 900.883.790-3 la cual cuenta con domicilio principal en la ciudad de Bucaramanga y con sedes de operación a nivel nacional en la misma ciudad, así como en las ciudades de Bogotá, Medellín y Cartagena. A su vez, cuenta con diversos convenios para la colaboración empresarial con firmas de servicios jurídicos en la República de Panamá.

Cáceres & Virviescas cuenta con un diverso cuerpo de trabajo compuesto por un completo equipo de abogados vinculados en sus diferentes sedes; personal técnico y administrativo de apoyo entre el cual se encuentran: peritos, contadores, investigadores, secretarias y dependientes judiciales a fin de responder a las diversas áreas del derecho teniendo como divisiones: asuntos corporativos, gestión administrativa y unidad de litigios (esta última, en la cual se ejecutará la presente práctica).

3.2. Misión

Cáceres & Virviescas Abogados Asociados presta a sus clientes servicios jurídicos integrales en diversas áreas del derecho, con los más altos estándares de calidad profesional y

compromiso ético; construyendo valor a partir de nuestro mayor activo: La confianza de quienes acuden a nosotros en busca de soluciones.

3.3. Visión

Cáceres & Virviescas Abogados Asociados, será para el año 2030 una firma de abogados especializada en todas las áreas del derecho privado, empresarial y de los negocios, capaz de ofrecer a sus clientes un completo portafolio de servicios de consultoría y acompañamiento judicial efectivo; consolidada localmente y proyección nacional e internacional.

3.4. Valores corporativos

- Ética y compromiso profesional.
- Bienestar laboral con humanismo.
- Calidad en el servicio humano.
- Responsabilidad, cumplimiento y empatía.

4. Marco de antecedentes jurídicos

La Obligación es una institución jurídica cuya génesis se remonta al derecho romano configurándose como una “res incorporales” (cosa incorpórea), teniendo su origen etimológico en la conjunción del prefijo romano “ob” más el sufijo romano “ligare” y componiendo de este modo

el verbo “amarrar”. El término en cuestión puede comprenderse mejor con el siguiente fragmento de MÉNDEZ CHANG (2019):

Inicialmente, la *obligatio* era un vínculo religioso-jurídico (...) que se daba a través de una atadura (ligo) ritual que unía a las dos partes en presencia de testigos. (...) Si incumplía, el paterfamilias respondía no solamente con su patrimonio: estaba en juego su propio cuerpo, su vida. En consecuencia, solo se podía tener una *obligatio* a la vez y, cuando esta fuera satisfecha, el vínculo o atadura se rompía o disolvía para liberarlos (Méndez-Chang, 2019, p 153).

Dado que la Ley de las XII tablas dictaba la cárcel o hasta la pena de muerte para el paterfamilias que incumpliere la obligación pactada, en la medida que avanzaba la tradición contractualista romana, se presentó el debate sobre qué tan conveniente era poder tener tan solo una obligación a la vez -respaldada con el cuerpo y la vida del obligado-. Así pues, en el año 326 a.C., la Lex Poetelia Papiria adoptó como regla en derecho el pago patrimonial de las acreencias, proporcional a la obligación adquirida, siendo la génesis de lo que hoy se podría entender en la norma procesal civil colombiana como los primeros procesos ejecutivos y algunos procesos especiales.

Claramente, para llegar al concepto, aplicación y procedimientos para la exigencia de las obligaciones tal como se conocen hoy en día, tuvieron que acontecer diversas transformaciones adicionales a la ocurrida en la Lex Poetelia Papiria; la influencia de los digestos de Justiniano y de las Institutas de Gayo trazaron los primeros elementos sobre el tema como: la definición de los sujetos dentro de la relación jurídica (acreedores y deudores); las acciones a realizar respecto al

derecho configurado; entre otros aspectos significativos que hoy en día mantienen vigencia al interior del derecho moderno, especialmente en los sistemas jurídicos romanizados.

Conforme al paso del tiempo; el desarrollo contractualista del medioevo y sus posteriores transformaciones con las revoluciones liberales, el concepto de obligación se ha nutrido y estructurado como parte fundamental en las distintas áreas del derecho, con especial énfasis en el derecho administrativo y en el derecho civil. Al respecto, vale resaltar la definición dada por el maestro Fernando Hinestrosa:

El derecho de obligaciones regula la colaboración inter - subjetiva: el poder que otorga el crédito a su titular es el de exigir del sujeto pasivo, titular del deber (obligación), una conducta determinada, un acto o una abstención, singularizados en el tiempo, en el espacio y modalmente, lo que quiere decir que esta relación jurídica tiene por objeto una prestación, conducta, colaboración: servicio en sí y sin más, o proyectado en la dación o en la entrega de un bien, para su uso o goce. (Hinestrosa, 2007, pág. 25)

Sin embargo, la obligación no nace de la nada o “porque sí”. Desde la época romana antigua, la voluntad de las partes se ha configurado como un criterio imprescindible para tal (excepto cuando esta deviene de un delito o cuasi delito). Respecto a la Autonomía de la voluntad privada, ella debe entenderse como el ejercicio consciente de las partes para la estructuración de acuerdos que permitan surtir efectos jurídicos entre los contratantes.

Este precepto surge producto de los postulados emanados de las revoluciones liberales las cuales consideraban al individuo como un ser capaz de determinarse a sí mismo y bajo esa capacidad, vincularse a otros seres de manera autónoma sobre la base de la construcción, del mantenimiento del contrato social y de la preservación del Estado, teniendo a su vez al Estado, primero como gendarme y más adelante como árbitro (Serrano Gómez, 2008). Frente a la autonomía de la voluntad privada, la Corte Constitucional Colombiana en sentencia C - 993 de 2006 del MP. Jaime Araujo Rentería menciona lo siguiente:

Tal institución – la autonomía de la voluntad privada-, de carácter axial en el campo del Derecho Privado, tiene como fundamento la filosofía política francesa y el pensamiento económico liberal de la segunda mitad del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX, con base en la consideración de la libertad natural del individuo, quien, en ejercicio de su voluntad, puede contraer o no obligaciones y adquirir correlativamente derechos y fijar el alcance de unas y otros. En este sentido se consideró que, si en virtud de su voluntad el hombre pudo crear la organización social y las obligaciones generales que de ella se derivan, por medio del contrato social, con mayor razón puede crear las obligaciones particulares que someten un deudor a su acreedor. (C - 993 de 2006 del MP. Jaime Araujo Rentería).

Así las cosas, la autonomía de la voluntad como piedra angular de la teoría contractualista -y de los Estados Modernos por demás- tiene sus raíces en el derecho romano antiguo, nutriéndose progresivamente de las distintas escuelas civilistas gestadas desde entonces hasta la actualidad,

siendo uno de los aspectos fundamentales a la hora de analizar la validez de los contratos y los negocios jurídicos, de ahí que:

El contrato consiste esencialmente en un acuerdo de voluntades destinado a crear obligaciones; sin él no lo hay. Todo contrato, cualquiera que sea el número de obligaciones que engendre, impóngalas a ambas partes o sólo a una, supone necesariamente ese acuerdo. De ahí que sean partes en el contrato quienes concurren a él con su voluntad: sólo a ellos obliga y aprovecha. Los demás quedan ajenos al contrato; son terceros a su respecto: no les afectan las obligaciones que crea ni les aprovechan los derechos que genera. (Alessandri Rodríguez, 2009, pág. 13)

Tal es la importancia del derecho de las obligaciones que sobrepasó las barreras del *ius civile* y se afianzó en otras áreas como lo es el derecho administrativo. Si bien la forma en la que se estructuran los contratos de índole administrativa difiere en algunos aspectos a la privada, generando posiciones poco pacíficas en torno a la influencia y denominación de los mismos, lo cierto es que los aspectos gruesos y las instituciones que predominan en materia contractual pertenecientes originalmente al derecho civil, siguen teniendo injerencia en los contratos de índole administrativa.

Así las cosas, si bien existen elementos de conjunción entre los contratos administrativos y los civiles, el derecho administrativo como rama del derecho encargada de la administración del Estado, ha diseñado instituciones particulares conforme a las necesidades propias de las condiciones materiales que implican las relaciones entre los sujetos de derecho privado y los de

derecho público, dentro del marco del modelo intervencionista francés desarrollado a lo que es hoy en día con los Estados modernos producto de la revolución francesa e introducido en Colombia con mayor arraigo por la constitución de 1991 (Prieto Medina, 2019, pág. 30).

Como bien se exponía en el acápite anterior, una obligación se puede entender como la relación jurídica existente entre dos personas respecto a una cosa o acción la cual se determina dentro de un marco jurídico sobre el dar, el hacer o el no hacer. Vale la pena traer a colación a OSPINA FERNÁNDEZ citando la tesis de PLANIOL en su obra: Régimen General de las Obligaciones (2005, pág. 38) quien se refiere a las mismas como aquellas relaciones de dependencia jurídico-económica entre personas determinadas, de las cuales nacen -o nacerán- derechos y situaciones jurídicas tanto patrimoniales, como extrapatrimoniales.

Si bien el concepto puede parecer demasiado amplio, esto se debe a que el estudio de las obligaciones per se impregna en un sinnúmero de ámbitos del derecho privado, así como de otras áreas del derecho que han tomado aspectos significativos de esta rama para desarrollarse y complementarse en un sinnúmero de instituciones jurídicas, tal como lo abordan PLANIOL y RIPERT en su obra Tratado práctico de derecho civil francés:

(...) Todas las relaciones que existen entre los hombres, a lo menos todas aquellas que las leyes rigen, se reducen a la idea de obligación: ninguna cuestión de orden jurídico se puede concebir fuera de esta idea; allí donde no hay obligación, nada tiene que ver el derecho y nada tiene que decir el jurista; puede ser esta una cuestión de arte, de moral o de economía política, pero no una cuestión de derecho. (Como se cita en Serrano Gómez, 2019, pág. 22)

Antes, el desarrollo de la teoría de las obligaciones ha ido más allá del derecho privado, anastomosándose con los avances propios de los Estados modernos y del derecho administrativo surgido mediante la doctrina francesa, tomando a su vez un sinnúmero de instituciones romanas, francesas e italianas para ir construyendo su propia tendencia y procedimientos. Por supuesto, valga decir la injerencia del derecho público en el derecho privado como regulador de los actos y negocios jurídicos entre particulares como regulador de los mismos bajo el principio de legalidad y la prevalencia del interés público sobre el particular.

No son de extrañar las vastas coincidencias encontradas entre el derecho administrativo y el derecho privado, especialmente a la hora de analizar y exigir la ejecución de contratos entre personas de derecho público con otras de derecho privado. A propósito del principio de legalidad como eje rector del derecho, vale entender que la administración no se encuentra por fuera del mismo; por el contrario, “la sumisión de la administración al derecho domina toda la teoría de los actos administrativos” (Morand Deviller, 2017, pág. 413).

Del mismo modo, Herrera Robles comenta cómo la relación entre la aplicabilidad de reglas e instituciones entre el derecho privado y el administrativo tiene un carácter bilateral, con una tendencia en ascenso hacia el conocimiento y la utilización de las reglas del derecho privado por parte de las entidades del Estado, como es el caso de las empresas de servicios públicos domiciliarios conforme a lo emanado por la ley 142 de 1994, que dicta el sometimiento de las mismas a normas del derecho privado. Más relevante aún resulta la contratación pública en cuanto a lo que se refiere de la aplicación de normas civiles:

(...) en virtud de los artículos 13 y 32 de la Ley 80 de 1993 no solo se establece que los contratos del Estado se rigen por las normas civiles y comerciales, con excepciones de los aspectos especialmente regulados en ese Estatuto, sino que además se le confiere especial relevancia al negocio jurídico como fuente de obligaciones, sustentado en el principio de autonomía de la voluntad. (Herrera Robles, 2012, pág. 89)

En este orden de ideas, este principio de legalidad -evidenciado a su vez en los principios propios del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo- no es ajeno a las obligaciones surgidas de las relaciones contractuales entre sujetos de derecho público y sujetos de derecho privado siendo los acuerdos contenidos al interior del contrato sometidos al marco de constitucionalidad pertinente bajo unos criterios de flexibilidad derivados de la autonomía de la voluntad suscrita por las partes. Al respecto, Morand Deviller ilustra lo siguiente:

La situación que nace de un contrato es de naturaleza subjetiva y las obligaciones solo son creadas con respecto a las partes contratantes. Las disposiciones contractuales no son, en principio, incorporadas al bloque de legalidad. Sin embargo, el juez ha aceptado diferenciar en ciertos contratos cláusulas reglamentarias cuya violación por la administración podría ser invocada como apoyo de un recurso por exceso de poder. Tales cláusulas, casi “codificadas” en los pliegos de condiciones, pueden ser aceptadas como fuente de legalidad ya que, por su carácter objetivo, se parecen más a los reglamentos que a las estipulaciones contractuales propiamente dichas. (Morand Deviller, 2017, pág. 418)

En concordancia con lo anterior el CPACA (2011) en su artículo 4 ha dispuesto, dentro de las razones para iniciar actuaciones administrativas, la posibilidad de hacerlo “2. Por quienes ejerciten el derecho de petición, en interés particular”. Así mismo, la normativa contempla de manera taxativa aspectos procedimentales para la resolución de controversias contractuales, tal como determina en su artículo 141, donde la parte afectada podrá pedir respecto al mismo:

(...) que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas (Ley 1437 de 2011, art. 141).

Al ser asuntos de índole contractual, las controversias por asuntos contractuales que no superen los 500 SMMV serán del conocimiento de los jueces administrativos conforme a lo dispuesto por la Ley 270 de 1996 y elegidos a su vez por la sala plena de los tribunales administrativos conforme a las listas dadas por el Consejo Superior de la Judicatura. Del mismo modo, para efectos de segunda instancia tendrá conocimiento el Consejo de Estado.

Finalmente, al igual que en proceso civil, para la resolución de controversias contractuales el procedimiento administrativo cuenta como requisito de procedibilidad con la conciliación extrajudicial (art. 161 CPACA). Así las cosas, en la obra: *La Conciliación en el Derecho Administrativo Colombiano*, se puede evidenciar una delimitación de manera clara y precisa el objeto y fines de la conciliación en derecho administrativo como requisito de procedibilidad:

El objeto en una conciliación debe considerarse respecto del acuerdo, que se encuentra dónde están las prestaciones que se examinan, las cuales se relacionan con los aspectos patrimoniales o con la relación jurídica que se negocia. Una entidad pública puede conciliar de forma total o parcial en los asuntos de carácter particular y de contenido económico o patrimonial. (Peláez Guitierrez, 2018, pág. 49)

Se puede llegar a un arreglo amigable en los asuntos en los que es posible transigir, desistir y conciliar. Esta es la regla general que debe aplicarse. Un asunto será susceptible de transacción cuando involucra derechos o bienes patrimoniales sobre los cuales los titulares tienen capacidad de disposición. La conciliación es posible cuando los derechos en conflicto son de libre disposición por su titular y cuando existe libertad de renuncia.

5. Marco teórico

Como se ha mencionado en reiteradas ocasiones, la presente práctica empresarial se compone de dos bloques: i) el desarrollo y seguimiento de procesos adscritos a la unidad de litigios y consultoría en asuntos administrativos; ii) la práctica en litigios de alto impacto para la defensa del derecho del consumidor.

Debido a la divergencia en las dos áreas desarrolladas, donde sus componentes esenciales corresponden, la primera al derecho administrativo, en tanto la segunda al derecho privado desde la constitucionalización misma del derecho comercial y contractual, se halla necesario hacer un

estudio por separado en aras de mantener una estructura organizada, así como de desarrollar las claridades necesarias en para la aplicación de teorías, conceptos, desarrollos normativos y jurisprudenciales correspondientes a cada ámbito, para lo cual se presentarán un marco teórico por temática; cada uno con su desarrollo particular.

5.1. Desarrollo y seguimiento de procesos adscritos a la unidad de litigios y consultoría en asuntos administrativos:

5.1.1. Introducción:

Entendiendo la fuerza vinculante existente entre la administración y sus diversos organismos, Santofimio Gamboa se refiere a esta capacidad entre los diferentes servidores y asociados para el cumplimiento de las funciones y los fines del Estado como una dinámica que trasciende el mero utilitarismo y que se halla en un corte preponderantemente garantista de derechos y bienes jurídicamente tutelados dentro del marco de la filosofía propia de los fines del Estado en sus dinámicas jurídicas y políticas particulares:

Bajo la concepción y filosofía del Estado de derecho la organización política y jurídica estatal solo se justifica, y materialmente cumple sus funciones y deberes, si garantiza de manera plena los derechos humanos sean estos de estricto carácter subjetivo o colectivo y social. Esa es su razón última de ser, la que le da contexto sustancial.

(...) Desde el punto de vista de la fuerza vinculante, la prevalencia y el respeto de los derechos fundamentales no ata exclusivamente al Estado, sus organismos y servidores, sino que obliga por igual a todos y cada uno de los asociados. Genera obligaciones de

carácter comunitario, que implican a su vez restricciones al ámbito del ejercicio de los derechos subjetivos. (Santofimio Gamboa, 2017, pág. 290)

Justamente, en miras a la preservación de los fines del Estado y a su papel en la garantía de derechos, los organismos para el control de la administración comenzaron a sufrir una metamorfosis progresiva, pasando de ser organismos con facultades limitadas, adquiriendo una tendencia cada vez mayor a ganar fuerza, ampliando el abanico de posibilidades debido al desarrollo jurisprudencial que empezó a forjarse mediante los tribunales de la jurisdicción administrativa, impulsados en buena parte por fallos concernientes a temas de responsabilidad del Estado, como los generados en los casos Blanco (1873) o Terrier (1903) por mencionar tan solo algunos de los más conocidos.

Esta transformación propició de manera eficiente la extensión y contundencia de la capacidad y maniobrabilidad de las instituciones con facultades jurisdiccionales encargadas del control del accionar del Estado, moldeando el derecho administrativo francés hacia lo que conocemos hoy en día y que ha sido modelo de aplicación en gran cantidad de Estados como sucede en el caso de Colombia, quien cuenta con su propio Consejo de Estado como órgano especializado para la salvaguarda de los intereses de los particulares frente a la administración.

Justamente ante la necesidad de un carácter especializado e independiente de la jurisdicción de lo contencioso administrativo como aquel conjunto de órganos e instituciones encargadas de conocer los asuntos de la administración que se plantea, con la evolución del tal, la necesidad de unos criterios de independencia y transparencia correlativos al ejercicio de la función pública y del

recto manejo del Estado. Para el caso colombiano, esta dinámica se empieza a labrar desde los inicios del derecho administrativo contemporáneo mediante un diseño institucional de la justicia administrativa que garantizase su independencia y que se caracterizase por la puesta de unas reglas de juego claras y específicas para los tribunales administrativos no solo relativos a su qué hacer; también en consideración a los requisitos para el ingreso a dichas cortes, así como en el control de los togados en materia disciplinaria.

5.1.2. Principios aplicables a la jurisdicción de lo contencioso administrativo en Colombia.

Como se mencionaba antes, una de las características relevantes del derecho administrativo radicó en la constitución del Consejo de Estado como máximo órgano de salvaguarda de derechos de los particulares, así como para el control de las actuaciones administrativas mediante el desarrollo de providencias judiciales, consolidando de este modo el carácter y los alcances de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Entre los eventos más relevantes en las atribuciones conferidas hacia los Consejos de Estado se halla en el fallo Cadot (1889), donde este órgano (francés) marca hito en su potestad para adelantar de manera directa asuntos litigiosos concernientes a los efectos de los actos administrativos sin tener que pasar previamente ante entidades gubernamentales como los ministerios, en consideración al conflicto de intereses existente por parte de la administración como juzgador de la comisión de sus propios actos.

Respecto a la importancia y evolución de la jurisdicción de lo contencioso administrativo como entidad especializada, Montaña Plata resalta su carácter político y dinámico como resultado

de las diferentes dinámicas de poder surgidas en medio de las contradicciones e interacciones entre la administración y sus administrados, contrastando a su vez con otros modelos como los anglosajones, que poseen un carácter más pétreo y cerrado:

Claramente, existe una estrecha relación entre la lectura de la teoría de la división del poder público y los presupuestos históricos y las experiencias prácticas en materia de acción de la función judicial. Si el objetivo último es la realización del estado de derecho, la rama judicial va a ser aquella parte del poder del estado que en mejor medida contribuya a este fin. Debe existir entonces un garante de las libertades individuales que se ven plasmadas en el derecho y esto se extiende a todos los campos, incluida la acción ordinaria de las autoridades públicas. Esta aproximación genérica del papel del juez debe observarse de manera acompañada a un derecho donde los ideales de justicia –aun justicia natural– van a ser más fáciles de operar por parte del juez que por otras instancias públicas. (Montaña Plata, 2010, pág. 199)

Sin embargo, el avance de la jurisdicción de lo contencioso administrativo no se hubiese podido generar -al menos no del modo en que lo hemos evidenciado en las condiciones actuales- de no ser por la aplicación de principios fundamentales a los procesos administrativos entendiendo, además, que la divergencia entre una “jurisdicción ordinaria” y una “jurisdicción contencioso administrativa” trasciende lo meramente conceptual y corresponde en su esencia a un ejercicio político para el cumplimiento de los principios de legalidad en el ámbito público, así como de la consolidación del Estado de derecho (Montaña Plata, 2010, pág. 198 a 200).

Se tiene entonces una consonancia entre los principios generales aplicables a la jurisdicción de lo contencioso administrativo respecto a los principios generales del derecho, partiendo del

principio de interés general que tiene arraigo desde el derecho administrativo francés y que ha contado con un desarrollo particular en Colombia con la jurisprudencia proferida, no solo por el Consejo de Estado Colombiano, sino también por la Corte Constitucional, como es el caso de la sentencia C – 053 (2001) de la MP. Cristina Pardo Schlesinger donde se aborda este principio como una cláusula abstracta en medio de la relación entre los particulares y el Estado la cual debe ser analizada conforme al contexto de cada caso en procura de la salvaguarda de los derechos individuales sin perjuicio del bienestar social y de los fines del Estado social y de derecho, sometida a los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Resulta importante entonces indicar la principalística general del derecho administrativo colombiano consignada en el artículo 3 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA (Ley 1437 de 2011) donde se enuncian como principios generales: debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad. De igual forma, en el inciso cuarto de la norma se consignan a su vez principios específicos para la jurisdicción de lo contencioso administrativo en materia sancionatoria, teniendo: el principio de legalidad de las faltas y las sanciones, el principio de presunción de inocencia, el no *reformatio in pejus* y *non bis in idem* los cuales se desarrollarán a continuación.

Respecto al **principio de legalidad de las faltas y las sanciones**, la sala de consulta y servicio civil del Consejo de Estado en sentencia del 5 de marzo de 2019 con CP. Germán Alberto Bula Escobar ha mencionado que este principio se desarrolla con el modelo de Estado regulador, devenido a su vez de la tendencia de la administración a ceder funciones relativas a la prestación

de servicios públicos para que los particulares asumiesen la tarea de su oferta y distribución a la población colombiana. Es de este modo en que se pasa, del monopolio estatal para la garantía y administración de los servicios públicos a la delegación de estas labores a sujetos particulares, reduciendo de este modo su papel a la mera regulación y vigilancia a tenor de lo dispuesto por el artículo 365 constitucional.

Es así como el Estado, en su papel policivo adquiere una facultad sancionatoria en la intervención de la economía (como la ejercida mediante las superintendencias) que expone el Consejo de Estado del siguiente modo:

En Colombia, el artículo 29 CP establece tanto la potestad sancionadora como el límite a la misma. En efecto, reconoce la existencia de un poder jurídico para imponer sanciones (*ius puniendi*) pero sometido al debido proceso que se aplica a toda clase de actuaciones administrativas. Se enmarca entonces en el Derecho Administrativo bajo su primigenia acepción de establecer un límite a la Administración en su calidad de sujeto activo de la potestad sancionadora (Consejo de Estado, sala de consulta y servicio civil. Sentencia del 5 de marzo de 2019, CP. Germán Alberto BULA ESCOBAR).

En este orden de ideas, el debido proceso y los principios de legalidad, tipicidad y reserva de la ley, generan un marco de garantías dentro del ejercicio policivo de la administración hacia sus administrados -y contratantes- en materia económica. En otras palabras, y tomando lo dispuesto por la Corte Constitucional en sentencia C - 699/15, el principio de legalidad de las faltas y las sanciones no es otra cosa que los límites impuestos respecto a la preexistencia de las normas

en el ejercicio de la facultad sancionatoria del Estado conforme al principio del derecho alemán: *Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*.

El debido proceso sobre el cual se sustenta el principio de legalidad de las faltas y las sanciones se aplica también al **principio de presunción de inocencia** -solo que, con un enfoque distinto, tendiente más hacia el plano de lo disciplinario-. Así las cosas, como lo dice su nombre, el principio de presunción de inocencia se basa en el *indubio pro disciplinado* (semejante al *indubio pro reo* del derecho penal), generando unas garantías en las actuaciones del Estado ante posibles infracciones de sus representantes.

Si bien el principio de presunción de inocencia se cimenta sobre las garantías al disciplinado respecto al debido proceso, la audiencia, la defensa y la contradicción, así como en el principio de congruencia entre el pliego de cargos y la sanción, estos no son absolutos, teniendo como regulador la presunción de legalidad en las actuaciones del Estado, tal como lo desarrolla el artículo 88 del CPACA.

En relación al principio de congruencia entre el pliego de cargos y la sanción, resulta importante mencionar que, en medio del proceso disciplinario, este goza de cierto margen de maniobrabilidad conforme a lo que se vaya desarrollando a lo largo del proceso y al mismo material probatorio recolectado según lo dispuesto en la ley 734 de 2002. En torno a esta situación, la sala de lo contencioso administrativo del Consejo de Estado en sentencia del 6 de mayo de 2021 con CP. Carmelo Perdomo Cuéter, sustenta tal apreciación a la luz de lo dispuesto por la Corte Constitucional:

(...) en múltiples determinaciones, de constitucionalidad y de tutela, esta Corporación ha considerado que la calificación que de una conducta punible se hace en la resolución de acusación tiene carácter provisional dado que es posible que ella se varíe en la etapa de juzgamiento, bien porque concurren pruebas que den cuenta de una adecuación típica diferente, o bien porque se tome conciencia en cuanto a que al momento de la calificación se incurrió en un error en la adecuación típica del comportamiento. En tales oportunidades, la Corte ha resaltado la compatibilidad que existe entre el instituto de la variación de la calificación jurídica provisional y el Texto Superior pues nada se opone a que los cargos formulados se adecuen a las resultas del período probatorio del juicio». (sentencia SU-901/05, 2005)

Así las cosas, si bien al sujeto disciplinable el mismo Estado le ha investido con determinadas garantías convencionales para la protección de sus derechos e intereses, las altas cortes han marcado una línea bastante definida sobre los límites que se le imponen al disciplinado frente a un posible escenario en el que, en un abuso de la protección que se le ha otorgado constitucionalmente, opte por obstaculizar y entorpecer el proceso al cual está siendo sometido.

En lo que respecta al principio de *no reformatio in pejus*, resulta necesario iniciar con dos claridades introductorias: la primera, versa sobre su desarrollo conforme al artículo 31 de la carta política nacional, especialmente en lo consignado en el inciso segundo de la norma cuando refiere a la imposibilidad de que, ante recurso de apelación el superior agrave lo dispuesto por la providencia judicial controvertida. En tanto la segunda claridad introductoria se ubica en la

importancia que surte para el principio el ya derogado decreto 409 de 1971⁵, donde por primera vez se pone de manifiesto la prohibición del *ad quem* para la modificación de lo dispuesto en una providencia judicial en caso de que se interponga algún recurso que la controvierta.

Tal como desarrolla la sentencia T-575 de 1993 de la Corte Constitucional, el principio de la *no reformatio in pejus*, si bien tiene un desarrollo significativamente extenso desde el derecho penal, su evolución trasciende lo estrictamente concerniente al ámbito punitivo, llegando a la esfera de lo contencioso administrativo en medio del trabajo por limitar el poder sancionador del Estado:

"La prohibición de la "*reformatio in peius*" o reforma peyorativa es un principio general del derecho procesal y una garantía constitucional que hace parte del derecho fundamental al debido proceso (CP art. 29). Ella es consecuencia de la regla ínsita en la máxima latina "*tantum devolutum quantum appellatum*", en virtud de la cual se ejerce la competencia del juez superior. El ejercicio de las competencias judiciales radicadas en el juez superior y su límite, ambos, se suscitan y a la vez se limitan por virtud de la impugnación y las pretensiones que ella involucra. (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T – 575 del 10 de diciembre de 1993. MP. Eduardo CIFUENTES MUÑOZ).

Al igual que sucede con el principio de la *no reformatio in peius*, **el principio *non bis in idem*** sobrepasa el ámbito de lo penal siendo aplicable en todo asunto donde opere el *ius puniendi*

⁵ El decreto 409 de 1971 fue una norma encargada de introducir reformas al Código de Procedimiento Penal de 1938. Sin embargo, por las controversias que suscitó dicho código, pronto se crearía el Código de procedimiento penal de 1981 consignando muchos de los avances dispuestos por tal decreto.

del Estado, como es el caso del derecho administrativo sancionador ante la actividad de los jueces, la administración pública y de los particulares que realizan ejercicio de funciones públicas. Esta limitación se orienta a la salvaguarda, no solo de las garantías del procesado, sino de la preservación la seguridad jurídica ante la existencia de posiciones desiguales. Sobre el principio del *non bis in idem* como regulador del poder del Estado, la Corte Constitucional el muy clara al respecto:

La función de este derecho, conocido como el principio *non bis in idem*, es la de evitar que el Estado, con todos los recursos y poderes a su disposición, trate varias veces, si fracasó en su primer intento, de castigar a una persona por la conducta por él realizada, lo cual colocaría a dicha persona en la situación intolerable e injusta de vivir en un estado continuo e indefinido de ansiedad e inseguridad. Por eso, este principio no se circunscribe a preservar la cosa juzgada, sino que impide que las leyes permitan, o que las autoridades busquen por los medios a su alcance, que una persona sea colocada en la situación descrita. (Corte Constitucional, sentencia C - 870 del 15 de octubre de 2002. MP. Manuel José CEPEDA ESPINOSA).

Un ejemplo de la aplicación del principio *non bis in idem* en materia de derecho administrativo se puede evidenciar en la sentencia del 29 de noviembre de 2001 de sección primera de la sala de lo contencioso administrativo del Consejo de Estado donde, a través del mecanismo de nulidad y restablecimiento del derecho, el demandante (Autos y Camiones de Colombia S.A) controvierte las sanciones aplicables por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio mediante resolución administrativa por el monto de \$17'084.100 de pesos, adicional a la sanción pecuniaria impuesta por la Alcaldía de Barrancabermeja con una multa de \$14'805.000 de pesos;

ambas por concepto de averías y calidad subestándar en la compraventa de unos automotores comercializados entre la parte actora con la alcaldía de Barrancabermeja.

Sobre las pretensiones y los hechos esbozados por el accionante, la sala evidenció que tanto en el proceso adelantado por la Superintendencia de Industria y Comercio, como en aquel adelantado por la alcaldía de Barrancabermeja, se componen de: los mismos quejosos, los mismos hechos, similares pretensiones, mismo material probatorio e inclusive en los folios allegados se hacía referencia de un proceso a otro, evidenciando que las dos sanciones impuestas a Autos y Camiones de Colombia S.A. tenían una misma raíz y por consonancia vulneraban el principio del *non bis in idem*⁶.

5.1.3. Medios de control en la jurisdicción de lo contencioso administrativo aplicados en la práctica realizada:

5.1.3.1. Nulidad por inconstitucionalidad.

Regulada por el artículo 135 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011) y por el inciso 2 del artículo 237 de la Constitución Política Colombiana. El CPACA consigna lo siguiente respecto al mecanismo de nulidad por inconstitucionalidad:

Los ciudadanos podrán, en cualquier tiempo, solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los decretos de carácter general dictados por el

⁶ Otro caso similar sobre el principio *non bis in idem* respecto a sanciones emanadas por entes administrativos (en este caso, por la Superintendencia de servicios públicos) puede encontrarse en sentencia del 21 de agosto de 2008 del Consejo de Estado en sección primera de la sala de lo contencioso administrativo con CP. Marco Antonio Velilla Moreno.

Gobierno Nacional, cuya revisión no corresponda a la Corte Constitucional en los términos de los artículos 237 y 241 de la Constitución Política, por infracción directa de la Constitución.

El mecanismo de nulidad por inconstitucionalidad ha tenido un desarrollo un tanto controvertido con Colombia⁷ producto del cuestionamiento sobre qué órgano recae la facultad para conocer de estas acciones -sobre la Corte Constitucional o sobre el Consejo de Estado- y si dicha potestad no puede prestarse en algunos casos para situaciones en las cuales se generen conflictos de interés. Sin embargo, la discusión parece ya estar saldada desde el año 2012 con un pronunciamiento de la propia Corte Constitucional mediante la sentencia C – 415/12, donde la corporación, tomando lo dispuesto en el CPACA, sentencia que es el Consejo de Estado, como máximo tribunal administrativo el ente apto para conocer de este tipo de controversias.

Si bien en el artículo 237 de la Constitución Política se limita esta acción para los decretos del gobierno nacional, posteriormente el CPACA en su artículo 135 adiciona nuevos márgenes de posibilidad para la acción de nulidad por inconstitucionalidad contemplando “los actos de carácter general que por expresa disposición constitucional sean expedidos por entidades u organismos del gobierno nacional” aunque, como ha sido usual respecto a lo que atañe a este mecanismo de control, sus posiciones tampoco han sido pacíficas⁸.

⁷ Por motivos de extensión no se ahondará en este aspecto, sin embargo, para ahondar en el tema se recomienda leer la sentencia C – 560/99 del MP. Carlos Gaviria Díaz en consonancia con la sentencia C – 415/12 que se desarrollará brevemente en el presente trabajo.

⁸ Sobre el tema de la extensión de las facultades de la acción de nulidad por inconstitucionalidad, una de las discusiones principales se ubica en las atribuciones que se le dan al CPACA para configurar dichas condiciones por encima de las dispuestas por la Constitución Política de Colombia. Al respecto, la sentencia C – 400/13 del MP. Nilson Pinilla Pinilla realiza el debate constitucional del caso.

En relación a los aspectos procesales referentes a este mecanismo, el artículo 184 sienta las disposiciones especiales para los procesos contenciosos de nulidad por inconstitucionalidad. En cuanto a lo que atañe a la oportunidad para demandar, la nulidad por inconstitucionalidad no tiene término caducidad de acción al considerarse que los asuntos correspondientes a este medio de control son de interés público y atinentes a la salvaguarda constitucional. Sin embargo, el profesor Hoyos Lemus hace una anotación importante respecto a la existencia de una caducidad cuando la norma controvertida sea atacada por vicios de forma, a tenor de lo dispuesto por el artículo 242 constitucional que consigna en su numeral 3: “las acciones por vicios de forma caducan en el término de un año, contado desde la publicación del respectivo acto”. (Hoyos Lemus, 2016, pág. 78)

5.1.3.2. Nulidad simple.

La nulidad simple también llamada “contencioso objetivo”, es una acción en la cual el juez administrativo se limita a verificar la legalidad del acto administrativo impugnado. Esta acción no va encaminada a alguna pretensión particular que busque el resarcimiento de los efectos causados por el acto administrativo en cuestión. Es decir, la nulidad simple difiere de la nulidad y restablecimiento del derecho, en que la segunda se encarga de refrendar el acto administrativo y de reparar los actos causados a la persona afectada, en tanto la nulidad se limita a realizar la primera parte del proceso mencionado. Sin embargo, vale mencionar que el párrafo del artículo 137 del CPACA, permite que, en el caso de que al realizar la demanda se pueda deducir de esta la posibilidad de iniciar un restablecimiento del derecho, el trámite de dicho proceso se efectúe de forma automática de acuerdo a las disposiciones dadas por el articulado normativo en su artículo 138.

Teniendo en cuenta las amplias facultades que se le pueden llegar a conferir al mecanismo constitucional de la nulidad simple, el Consejo de Estado ha trasado algunos lineamientos respecto a este proceso para sea procedente. El profesor Hoyos Lemus refiere cómo el legislador y la doctrina han delimitado a los actos particulares y concretos sobre los cuales procede la acción de nulidad Simple, teniendo de manera expresa los siguientes:

1. Decisiones electorales.
2. Cartas de naturaleza.
3. De nombramientos de empleados del control fiscal.
4. Nombramientos ilegales de funcionarios públicos.
5. Actos sobre certificación de registro de marcas.
6. Actos de expropiación adjudicación de baldíos, entre otros.

Adicional a estos 6 lineamientos sobre los cuales procede la nulidad simple, se suscitaron debates al interior del Consejo de Estado sobre la doctrina de “motivos y las finalidades” para los actos de nulidad simple. Es de este modo que luego de un neurálgico choque de trenes, la sala plena del Consejo de estado da sentencia unificadora sobre este tema dando las siguientes precisiones:

En virtud de las anteriores consideraciones y en procura de reafirmar una posición jurisprudencial entorno de eventuales situaciones similares a la que ahora se examina, estima la sala que además de los casos expresamente previstos en la ley, la acción de simple nulidad también procede contra los actos particulares y concretos cuando la situación de

carácter individual a la que se refiere el acto, compromete un especial interés para la comunidad de tal naturaleza e importancia, que vaya aparejado con el afán de legalidad, en especial cuando se encuentre por medio de 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 un gran número de colombianos (Consejo de Estado, sentencia del 29 de octubre de 1996. M.P. Daniel Suárez Hernández).

5.1.3.4. Nulidad y restablecimiento del derecho.

Regulado a través del artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011). Dicho mecanismo de control procede, generalmente, en caso de la expedición de actos administrativos que contravengan las normas o que adolezcan de vicio alguno. A su vez, la norma consigna la posibilidad de solicitar la nulidad del acto en caso de desear que “se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro” (art. 137, CPACA), como es el caso de las acciones de nulidad.

Esta acción constitucional comprende que toda persona -natural o jurídica; de derecho privado o público - a la cual un acto administrativo le esté generando una vulneración frente a un bien jurídicamente amparado, podrá solicitar, a tenor de lo emanado por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la nulidad del acto administrativo que esté generando la afectación en cuestión, a fin de restablecer el derecho que se ha perdido o visto en detrimento por el actuar de la administración.

Es importante que de la nulidad y restablecimiento del derecho se puede generar a su vez un proceso de resarcimiento del daño cuando se ha logrado probar que el acto administrativo en cuestión genera una afectación a las condiciones de vida del sujeto -en otras palabras, un daño cierto- a fin de que la administración repare lo cometido. Para estos fines, vale mencionar que existen unos términos definidos por la norma para interponer la acción constitucional, los cuales constan de los cuatro (4) meses siguientes a la publicación del acto⁹. Una vez transcurrido este tiempo, se entenderá que se ha perdido la oportunidad para elevar todo tipo de acción.

Algo importante destacar con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es que se basa en la presunción de legalidad respecto a quien interpone la acción constitucional. Tomando lo expuesto por BETANCUR JARAMILLO (Como se cita en Hoyos Lemus, 2016, pág. 88): para iniciar el proceso judicial sobre el cual recae la acción de nulidad y restablecimiento del derecho tiene como requisito suficiente la percepción particular del presunto afectado sobre la vulneración acontecida, entendiendo que esta percepción respecto al daño causado es suficiente únicamente para dar inicio a la acción, pero no lo es para que las pretensiones salgan avantes en la sentencia judicial, teniendo que, para el éxito del proceso se requiere haber probado la comisión del hecho dañoso y sus efectos.

5.1.2.4. Acción de reparación directa.

⁹ Sobre el término para la prescripción, se genera una excepción respecto a aquellos actos administrativos relativos a la adjudicación de baldíos por parte de la autoridad agraria competente, donde los términos se amplían a dos (2) años luego de la ejecutoria. Lo mismo aplica en el caso de las autoridades públicas a la hora de demandar un acto propio, de conformidad con lo dado por la jurisprudencia del Consejo de Estado desde la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, C. P.: Alejandro Ordóñez Maldonado, Bogotá D.C., octubre nueve (9) de dos mil tres (2003). Radicación número: 41001-23- 31-000-2002-1357-01 (2183-03).

Como se mencionaba anteriormente, la acción de reparación directa (consignada en el artículo 140 del CPACA) es otra de las herramientas de control dispuestas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo para la indemnización y resarcimiento del daño en concordancia con la cláusula de responsabilidad del Estado dictada por el artículo 90 constitucional. Este mecanismo resarcitorio se refiere entonces a la obligación de la administración y/o sus representantes para el cumplimiento de la constitución y la no omisión o extralimitación en sus funciones.

Valga decir desde ya que los hechos dañosos que pueda cometer la administración y que se encuadran dentro de la reparación directa, no requiere que sean ilegales; basta con que el daño sea antijurídico y que cumpla con los requisitos de ser cierto personal (irrogado directamente al afectado o su línea estrecha) y que sus efectos sean probados para que se puedan sustentar los perjuicios causados, entendiendo a su vez que para que la responsabilidad se encuadre en cabeza del Estado, el acto debe haber sido cometido por funcionarios o contratistas de la administración en ejercicio de sus funciones (Velásquez Posada, 2013, pág. 227).

Al ser una institución tan robusta en su carácter dual como parte del derecho de daños y como mecanismo de control hacia el Estado, las altas cortes han sido juiciosas al generar criterios que sirvan de guía a los administradores de justicia de lo contencioso administrativo para la toma de decisiones, como es el caso de la indemnización a los seres queridos por daños morales, daño a la vida en relación, lucro cesante o daño emergente; la determinación del monto indemnizatorio en caso de lesiones personales causados a las víctimas (directas e indirectas); los niveles de relación entre los directamente afectados y el núcleo familiar; la tasación y reparación integral de

los perjuicios morales en casos de vulneraciones al DIH por acción u omisión de los agentes del Estado, entre otros asuntos.

Al ser un proceso de responsabilidad, en las acciones de reparación directa las pretensiones deben estructurarse de una forma específica, entendiendo que estas deben orientarse al reconocimiento de la responsabilidad en la comisión del daño evento y a la eventual reparación del daño causado. En consonancia, el profesor Hoyos Lemus (2016, pág. 132) dicta algunas orientaciones básicas sobre la formulación del petitorio en los procesos de reparación directa:

I. La declaratoria de responsabilidad a la entidad demandada o a su representante. La condena a la indemnización de perjuicios¹⁰ teniendo en cuenta los diferentes afectados (en caso del daño extenderse a familiares¹¹) y los distintos tipos de daño ocurridos.

Adicional a lo anterior, vale resaltar que, en los procesos de reparación directa, a diferencia de las acciones de grupo, la reparación tiende a ser de carácter integral, razón por la cual, dentro del petitorio se podrán consignar a modo de resarcimiento inmaterial garantías de no repetición.

¹⁰ Para ahondar en los criterios trazados por el Consejo de Estado sobre la competencia por razón de cuantía en los procesos de reparación directa, se recomienda la sentencia de unificación del 19 de marzo de 2021 de la sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, subsección A (rad. 50791) con CP. María Adriana Marín. Pese a considerarse relevante para el tema de estudio, por motivos de extensión no fue incluido su estudio en el presente trabajo.

¹¹ Respecto a los parámetros actualizados que ha trazado el Consejo de Estado relativos a la acreditación del parentesco para la reclamación de resarcimiento ante daño moral y aplicación del principio *no reformatio in pejus*, se recomienda la sentencia del 24 de julio de 2013 de la sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, subsección C del CP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa (Rad. 27155). No incluida por extensión.

Otro aspecto importante a tener en cuenta en las acciones de reparación directa es la oportunidad para demandar, esto considerando que muchos procesos de este tipo versan por vulneraciones a los DDFD (ya sea por acción u omisión) y en ocasiones, las víctimas desconocen los mecanismos para el resarcimiento del daño; no tienen los recursos para iniciar el proceso o simplemente dejan pasar el tiempo. La regla básica para iniciar un proceso de acción por reparación directa es de dos años desde la comisión del hecho dañoso -o de la cesación del mismo-.

Conforme a lo anterior, el consejo de Estado en sentencia del 29 de enero de 2020 con CP. Marta Nubia Velásquez Rico unificó los criterios sobre la caducidad de “las pretensiones indemnizatorias en casos de delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra y cualquier otro en el que se pueda solicitar la declaratoria de responsabilidad patrimonial al Estado” dictando las siguientes orientaciones:

- I. Se mantendrá la exigibilidad de los dos años dictados por la norma.
- II. En caso de desconocimiento de la fecha exacta de la ocurrencia del daño, los términos se computarán desde cuando se pruebe que los demandantes conocieron -o pudieron conocer- la ocurrencia de tal, salvo en casos de desaparición forzada, que se rige por términos especiales.
- III. Si los afectados se vieron inmersos en situaciones que materialmente les impidieron iniciar el proceso de reparación, los términos se computarán una vez se superen estos.

5.1.3.6. Acción de repetición.

La acción de repetición se deriva de la cláusula de responsabilidad del Estado consignada en el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia, dentro de la cual se consigna: “En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste”.

La disposición anteriormente referida, se regula en el artículo 142 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), refiriendo al reconocimiento indemnizatorio que debe tener el Estado frente al afectado cuando ya se ha generado una condena, un acta conciliación o cualquier tipo de decisión con efectos jurídicos vinculantes que permita evidenciar el daño causado por parte de la Administración por el accionar de alguno de sus representantes. En otras palabras: la acción de repetición termina siendo un mecanismo para la efectivización de la reparación ante el actuar del Estado.

Respecto a las regulaciones y disposiciones dadas sobre la acción de repetición, resulta importante mencionar que el CPACA no es la única legislación sobre la cual se desarrolla el mecanismo constitucional en cuestión. La ley 678 de 2001: “Por medio de la cual se reglamenta la determinación de la responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición”, desarrolla los aspectos sustanciales y procesales relevantes de este mecanismo de control constitucional sin perjuicio de las disposiciones desarrolladas por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional en su jurisprudencia.

Justamente, el artículo segundo la norma citada específica de manera más exacta qué es la acción de repetición, definiéndola como:

Una acción civil de carácter patrimonial que deberá ejercerse en contra del servidor o ex servidor público que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa haya dado reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto. (Art. 2, Ley 678 de 2001).

Sobre lo concerniente a la legitimación por activa respecto a la acción, el artículo 8 de la Ley, se especifica que la entidad pública sobre la cual recayó el proceso indemnizatorio, a propósito de la falta cometida por el servidor público, se encuentra obligada para interponer la acción de repetición ante el juez de los contencioso administrativo, en los 6 meses siguientes al pago total o al pago de la última cuota efectuado en medio del cumplimiento de la decisión judicial provocada por el actuar de quien ocasionó el daño. En caso de que la entidad no ejerza la acción en el tiempo dispuesto por la norma se facultará al ministerio público o al Ministerio de Justicia a través de la agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado para iniciar el proceso correspondiente.

La sentencia C – 957 de 2014, definió las características principales de la acción de repetición; aspectos que el Consejo sintetizó posteriormente del siguiente modo:

(i) Se trata de una acción autónoma, de carácter obligatorio, que le compete ejercer exclusivamente al Estado, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 90 Constitucional;

(ii) La acción de repetición, es una acción que para su prosperidad, exige los siguientes presupuestos: (a) la existencia de condena impuesta por la jurisdicción contencioso administrativa para reparar los perjuicios antijurídicos causados a un particular; (b) que el daño antijurídico haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del servidor, agente estatal o antiguo funcionario público; y (c) que la entidad condenada haya pagado la suma de dinero determinada por el juez en su sentencia, toda vez que es a partir de ese momento que se considera causado el detrimento patrimonial del Estado.

(iii) La repetición es una acción con pretensión resarcitoria o indemnizatoria. Se trata de una acción de reparación directa intentada por la administración en contra del agente que ha causado el daño con su actuación dolosa o gravemente culposa.

(iv) En la acción de repetición la responsabilidad no es objetiva, teniendo en cuenta que es la conducta del servidor público o del particular que cumple funciones públicas la que es objeto de análisis. (Consejo de Estado, sala 27 especial de decisión. Sentencia del tres (3) de abril de dos mil dieciocho (2018). C.P.: Rocío ARAÚJO OÑATE).

Como ya se puede avizorar, la acción de repetición implica dos procesos: uno en el cual se dicta la sentencia condenatoria - sea en un proceso de reparación directa, de controversias

contractuales o nulidad y restablecimiento del derecho - o como resultado de una conciliación extrajudicial realizada por la entidad en la cual se encontraba el funcionario que cometió la falta. El segundo proceso es la acción de repetición misma, que sería aquel proceso mediante el cual, como ya se ha mencionado, la entidad cobra al causante del daño los rubros que tuvo que destinar para la indemnización de primer afectado. Sin embargo, este no es el único camino; por economía procesal la entidad puede optar por el llamamiento en garantía en lugar de la acción de repetición.

Para poder hacer uso del llamamiento en garantía como medio alternativo, la entidad requiere que desde el primer proceso -aquel donde se está alegando la responsabilidad administrativa-, se realice el llamamiento al funcionario en cuestión, teniendo como oportunidad procesal para hacerlo la contestación de la demanda:

la ley 446 de 1998 en su Artículo 105 dispone que si en un proceso contencioso con llamamiento en garantía se registra conciliación entre el actor y el diamante el proceso debe continuar entre llamante y el llamado a fin de definir la responsabilidad que le incumbe a este último para efectos de repetición. (Hoyos Lemus, 2016, pág. 175)

Esto significa para la entidad pública la posibilidad de excepcionar -o más bien, de trasladar al causante- la responsabilidad en medio del proceso, entendiendo que se derivó a razón de una falta culposa o dolosa del llamado en garantía, permitiéndole disminuir costos y desgastes en asuntos litigiosos para el Estado.

5.1.3.7. Acción popular.

También conocidas -y definidas así en el artículo 88 constitucional- como acciones para la protección de los derechos e intereses colectivos. Las acciones populares se caracterizan por su connotación preventiva. A diferencia de las acciones de grupo, las cuales se verán más adelante, las acciones populares buscan evitar que se genere un daño sobre los intereses comunes en relación al patrimonio, los bienes públicos, la salubridad pública, el medio ambiente, entre otros aspectos de interés común.

Dicho sea de paso, el artículo 144 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, refiere a las acciones de grupo como un mecanismo que busca que se “adopten las medidas necesarias con el fin de evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los mismos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible”, connotación que se consigna también en el artículo 2 de la Ley 472 de 1998. Pese a lo mencionado en el artículo citado relativo a la restitución de las cosas a su estado anterior, es importante referir que la restitución a la cual se refiere la acción popular no es de resarcitoria como sí lo es la de la reparación directa o la de la acción popular, sino que se relaciona con una restitución al estado inicial de las cosas con fines preventivos o de contingencia de eventuales daños.

Procesalmente hablando, vale iniciar mencionando que la acción de popular debe ser considerada como un mecanismo constitucional autónomo de carácter principal; es decir, que no depende de otro tipo de actuación para poder ejecutarse.

Como segundo aspecto que se halla importante mencionar en materia procesal, se encuentra la facultad del juez para proferir fallor ultra y extra petita como forma de garantizar todos los derechos inmersos en la controversia. El Consejo de Estado en sentencia del 5 de junio de 2018 con CP. Carlos Enrique Moreno Rubio menciona justamente la facultad que se le confiere al togado en las acciones populares inclusive para proferir ordenes diferentes a las pedidas por los actores en las pretensiones, estudiar hechos adicionales a los planteados en la demanda, entre otras atribuciones, siempre y cuando estas acciones guarden relación con el hecho generador del daño planteado en la demanda y permita garantizar el núcleo esencial de los derechos colectivos que se pretenden salvaguardar con la medida.

Finalmente, frente al tema de las pretensiones, es importante mencionar que en este mecanismo no procede la excepción de indebida acumulación de pretensiones; en caso de existir tal, el juez que conoce del caso deberá usar la figura de la readecuación procesal desde la etapa de admisión de la demanda, a fin de que se de una efectiva protección de los derechos incobados, tal como refiere el Consejo de Estado en sentencia de unificación del 26 de agosto de 2021 del CP. Alberto Montaña Plata.

La discusión que hubo en su momento -nada pacífica por demás- frente a los criterios de aplicación para la posibilidad del juez de la acción popular para declarar la nulidad absoluta del contrato estatal, se resolvió en sentencia unificación del Consejo de Estado, tomando por objeto de estudio las tesis restrictiva, intermedia y amplia, decantándose finalmente por la segunda mencionada:

La norma -el artículo 144 del CPACA- zanjó en forma definitiva la discusión sobre el asunto, en el sentido de negar la posibilidad de decretar la nulidad del contrato, sin perjuicio de que el juez popular pueda adoptar las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos. (Consejo de Estado, sentencia de unificación del 4 de octubre de 2021. CP. Sandra Lisset IBARRA VÉLEZ).

Pese a lo anteriormente manifestado, la flexibilización que se ha gestado en torno a la acción de grupo no significa que esta no tenga límites en sus alcances; si bien el Consejo de Estado en sentencia del 26 de noviembre de 2013, CP. Enrique Gil Botero ha determinado entre las facultades de la acción popular, su utilidad para demandar la legalidad de actos administrativos o contratos estatales, dicha facultad no puede confundirse con la posibilidad de nulitar contratos administrativos toda vez que en el artículo 144 del CPACA se consagra lo dispuesto en la sentencia anteriormente mencionada para casos donde la transgresión de derechos derivada del contrato provenga de una entidad pública sin que esto implique una facultad del juez para nulitar el contrato.

5.1.3.8. Acción de cumplimiento.

Este mecanismo se consigna en el artículo 87 de la constitución política colombiana, desarrollado a su vez por la ley 393 de 1997. Como su nombre lo indica, el fin de dicha acción se centra en la posibilidad que tienen los ciudadanos para acudir ante los jueces de lo administrativo para “hacer efectivo el cumplimiento de normas aplicables con fuerza material de Ley o Actos Administrativos” (artículo 1, ley 393 de 1997), teniendo como segunda instancia los tribunales de los Contencioso Administrativo con fuero de donde se conozca el asunto.

Respecto a la legitimación en la causa por activa, el artículo 146 del CPACA refiere a que toda persona puede interponer acciones de cumplimiento, sin deslindar a las personas jurídicas de las naturales. Por otra parte, el Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), el numeral 2 del artículo 46 de la norma, confiere al ministerio público la potestad de “Interponer acciones populares, de cumplimiento y de tutela, en defensa del ordenamiento jurídico”, dando de este modo una doble potestad sobre la ejecución de la acción: tanto a los particulares como a la administración.

Si bien a la acción de cumplimiento les confieren amplias facultades respecto a sus fines, su margen de maniobrabilidad no es absoluto. El profesor Hoyos Lemus (2016, págs. 228, 229) menciona los escenarios en los cuales este mecanismo de control está sujeto a rechazo:

- i) como mecanismo para hacer cumplir la constitución;
- ii) cuando hay otros medios judiciales;
- iii) cuando tenga como objetivo la protección de derechos fundamentales - existiendo para esto la tutela-;
- iv) para el cumplimiento de normas que establezcan gastos (en consideración a la prioridad del gasto según lo dispuesto por la Ley de presupuesto y las condiciones materiales del Estado).

5.2. Práctica en la unidad litigio de alto impacto para la defensa del derecho del consumidor:**5.2.1. Introducción:**

A lo largo del desarrollo de las teorías sobre el daño, la responsabilidad y su resarcimiento, una de las principales inquietudes se puede ubicar en las dos siguientes preguntas: ¿qué puede considerarse como daño? ¿cuáles son las formas o tipos del daño?

La primera pregunta se puede responder someramente del siguiente modo: el daño es, concordando con Velásquez Posada (2013, pág. 53), la vulneración efectiva a los bienes jurídicamente tutelados. Valga aclarar que el requerimiento respecto a la vulneración efectiva al bien jurídicamente tutelado se da concretamente para la responsabilidad civil, ya que en la responsabilidad penal se puede hallar a su vez la modalidad de tentativa-. Así mismo, respecto a la definición del daño, la sala de casación civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 24 de agosto del 2009, con MP. William Namén Vargas hace la siguiente precisión:

El daño, entendido en sentido icástico, o sea, la lesión, detrimento o menoscabo de un derecho, interés o, incluso, un valor tutelado por el ordenamiento jurídico, es el primer elemento o presupuesto de la responsabilidad civil. En tal virtud, el artículo 1494 del Código Civil, dentro de las fuentes de la relación obligatoria, entre otras enuncia, el “hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos” y, en consecuencia, la obligación de repararlo, parte de su existencia real u objetiva — presente o futura—, sin la cual, por elementales razones lógicas, el mencionado deber de prestación no surge”.

A la segunda pregunta (sobre la categorización del daño), la doctrina y la jurisprudencia han desarrollado diferentes tipologías del daño conforme a la esfera del ser humano que se esté viendo afectada. Si bien las dos más desarrolladas y conocidas son el daño material o patrimonial y el daño moral, con el paso del tiempo y las nuevas tendencias en el derecho, el abanico de las categorías del daño se ha venido ampliando sustancialmente, teniendo a su vez tipos más específicos como lo son: el daño a la vida en relación; el daño a la salud (con su génesis en daño al medio ambiente y sustentado en los principios de precaución, prevención y no maleficencia); el daño a los bienes convencionalmente tutelados; el daño al proyecto de vida, entre otros que cada vez cobran más relevancia mediante la doctrina y la jurisprudencia.

En este punto vale hacer la salvedad en que, si bien para que se configure responsabilidad -o sea, el deber de resarcimiento- debe acreditarse la existencia del daño como un factor *sine qua non*; la mera existencia de “un daño” no es suficiente para la configuración del deber de resarcir, entendiendo que este se subdivide en daño lícito y daño antijurídico, siendo el segundo aquel donde se configura responsabilidad en tanto la persona no está obligada a soportarlo.

Para ilustrar mejor la situación, la distinción entre el daño lícito y el daño antijurídico se puede evidenciar con mayor facilidad en la responsabilidad administrativa en sede extracontractual donde, en algunos casos, la administración se encuentra facultada para obrar por encima de los intereses particulares bajo la ponderación -sustentada- del bien común. En contraposición, respecto al daño antijurídico, quien comete el evento dañoso no cuenta con la protección que brinda el daño

lícito, en tanto dicho sujeto no está amparado para el menoscabo el derecho de la víctima. Al respecto, Peirano Facio hace la siguiente apreciación:

Para que el daño sea reparable, además de ser personal y cierto, debe haber afectado un beneficio del que lícitamente disfrutaba la víctima; es decir, se requiere que el causante del daño no tuviera el derecho de producirlo, ya que la víctima tenía el derecho a disfrutar del beneficio alterado” (Peirano Facio, 2004, pág. 380).

Es de este modo que en diversos casos la administración puede quedar exenta de responsabilidad ante la ocurrencia de un hecho dañoso, si este se ha ocasionado en una ponderación del interés general sobre el particular y ante un escenario donde no había una mejor alternativa; en tanto, difícilmente ante la ocurrencia de un hecho dañoso -sea doloso o culposo-, un particular va a poder evadir la obligación de resarcir a la víctima en caso de probarse la comisión del hecho.

5.2.2. Autonomía de la voluntad: cómo la vulneración al derecho a la información genera daño al consumidor:

Dando ya las anteriores claridades y aterrizando lo expuesto al presente trabajo, cuyo enfoque se basa en el derecho de consumo, resulta necesario resaltar el abordaje garantista que en diversos países -incluyendo a Colombia- se le ha dado al consumidor respecto al proveedor¹². Dicha distinción se hace en aras de mitigar la relación dispar existente y reconociendo al primero

¹² Entendiéndose el término “proveedor” como a la cadena -o a alguno de los miembros de la cadena- de producción y comercialización del bien.

como un extremo desigual, dotándole una “chaqueta constitucional” que le permita nivelar las cargas jurídicas y de poder existentes a fin de que pueda efectivizar sus derechos.

Es por esta razón que el Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011) establece una serie de garantías a favor del consumidor que constituyen a su vez la base sustancial -así como ciertas disposiciones en lo procedimental- para el sustento del daño por parte del proveedor en medio del ejercicio de su posición dominante. Así las cosas, el artículo tercero de la norma consigna una serie de derechos y deberes en cabeza del consumidor, entre los cuales conviene resaltar los siguientes derechos:

- ✓ recibir productos de calidad conforme a lo contratado y a las condiciones usuales que se esperarían del producto;
- ✓ que los productos no causen daño a la salud e integridad del consumidor;
- ✓ la reclamación por parte del consumidor (donde se incluye la reparación integral de los daños sufridos);
- ✓ protección contractual contra las cláusulas leoninas que puedan ser impuestas frente al consumidor en contratos de adhesión.
- ✓ el derecho a la información; a la protección contra publicidad engañosa y a la libre elección del consumidor.

Si bien el último ítem se desarrolla al interior del articulado normativo en distintos numerales (1.3; 1.4. y 1.7), se ha decidido unificarlo por la conexidad que guardan entre sí los mencionados derechos al tener su génesis en el ejercicio de la autonomía de la voluntad privada como máxima convencional. Esta distinción se hace por la especial atención que merece el tema

al interior del derecho de consumo, entendiendo que, el acuerdo de voluntades emanado a partir del contrato de consumo (sea verbal o escrito), si bien corresponde a la categoría clásica contractual del negocio jurídico, tiene un abordaje especial para efectos de determinar la validez del consentimiento por parte del consumidor. Caycedo Espinel plantea lo siguiente:

(...) la verificación de la validez no se enfoca en el análisis de una transacción individual y particular (respecto a la cual se predica, es cierto, la voluntariedad), sino en el análisis de una oferta del proveedor en el mercado de consumo cuya validez y sanidad debe ser intrínseca y no dependerá de deberes o cargas en cabeza del consumidor” (Caycedo Espinel, 2019, pág. 71).

Sobre las palabras de Caycedo Espinel, se resalta a propósito el término “sanidad” por su especial relevancia para el caso concreto. Justamente el autor clarifica la sanidad al interior de la transacción de consumo como aquella decisión “ilustrada, consciente y libre” que toma el consumidor frente a la oferta del proveedor.

Para que escenario expuesto pueda materializarse de manera efectiva, se requieren unas condiciones relativas al ejercicio del derecho a la información del consumidor que, sin ánimo de caer en la Falacia de las Tasas de Base, donde se presume que el consumidor tomará elecciones netamente racionales y perfectas sin la influencia de internalidades y/o externalidades (Pico Bonilla, Gil Mateus, & Clavijo Álvarez, 2017), el acceso del consumidor a la información clara,

veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea¹³ sobre el producto que pretende consumir, le permitirán tener un mínimo de herramientas materiales y abstractas para elegir qué consumir, o en su defecto, consumirlo bajo su responsabilidad habiendo tenido el acceso a la información suficiente sobre sus efectos y composición, especialmente en productos como los alimentos y medicamentos.

Justamente, el deber de información por parte del proveedor al consumidor -y con las condiciones anteriormente esbozadas- tiene una gran importancia constitucional cuando se aborda desde las tres esferas de la dignidad humana desarrolladas por la Corte Constitucional en su jurisprudencia, a partir de la sentencia C-881 de 2002 del MP. Eduardo Montealegre Lynett. El derecho a la información como elemento estructural para el ejercicio de la autonomía de la voluntad encaja en diversas formas dentro de las esferas del “vivir como se quiera”; el “vivir bien” y del “vivir sin humillaciones”, pudiéndose verse afectadas en medio del abuso por parte del proveedor en el ejercicio de poder de la relación asimétrica existente ante la ausencia de herramientas para la debida toma de decisiones informada, toda vez que pueden llegar inclusive a alterarse las condiciones de existencia del sujeto como consumidor y en el caso de bienes como los alimentos y los medicamentos, se maximiza el riesgo en la ocasión de daños a la integridad física y moral del quien lo consume (sea a corto, mediano o largo plazo).

¹³ Estas características de la información en los bienes se consignan como parte de los derechos del consumidor en el numeral 1.3. del artículo 3 de la ley 1480 de 2011 y se desarrollan en las diversas circulares y sentencias de la Superintendencia de Industria y Comercio.

En razón a lo anterior el legislador colombiano, en procura de brindar el mejor escenario posible para la toma de decisiones propendiendo por la igualdad y a la libertad frente a cualquier vicio que obnuble al consumidor respecto a su elección, y claro está, frente a la necesidad de generar la conformación de condiciones *ex ante* para la garantía de la materialización del consentimiento del consumidor en medio de la relación asimétrica existente, consignó una serie de disposiciones normativas que se han venido desarrollando desde la ley 73 de 1981 y que a la fecha se pueden encontrar, con una mayor evolución, en el título IV de la Ley 1480 de 2011, dedicado a lo concerniente a la “Responsabilidad por daños por producto defectuoso”, teniendo como primer artículo del capítulo -y no de manera azarosa- el deber de información como criterio esencial para determinar la responsabilidad de la cadena de producción, distribución y comercialización del bien.

El artículo 19 del cuerpo normativo, relativo al deber de información, vuelca la responsabilidad hacia el proveedor frente a posibles efectos adversos *a la salud, la vida o la seguridad de las personas*, obligándole a la toma de precauciones o en su defecto, a la adopción de las medidas correctivas necesarias que logren evitar potenciales daños o la reincidencia de los mismos. De igual modo, la presente disposición tiene un doble componente administrativo referido a la obligación del proveedor de informar a la administración en caso de productos defectuosos o de calidad subestándar, así como en la facultad del órgano correspondiente para dictar sanciones en un marco de responsabilidad solidaria, disposición que se conjuga a lo largo de la norma con los diversos mecanismos dispuestos para la reclamación de derechos por parte del o los consumidores, sea de manera particular o por número plural.

En este orden de ideas, en el caso de alimentos y medicamentos, el párrafo único del artículo 21 presume la responsabilidad del proveedor en caso de violación a medidas sanitarias, fitosanitarias o a reglamentos técnicos. Sin embargo, muchas veces esta regla no se aplica en la práctica ante deficiencias en los entes regulatorios, lo cual llama particularmente la atención, no solo por sus efectos a la salud pública, sino también por los daños físicos e inmateriales irremediables que se le puede causar al consumidor en el caso de, por ejemplo, los fitofármacos, donde existen diversas zonas grises en su regulación, pese a ser productos comercializados de manera masiva y sin requerimientos específicos como la prescripción médica o la imposición de acreditaciones especiales por parte de quien oferta el bien, como se abordará más adelante.

A propósito de la mención hecha en el párrafo anterior, resulta importante mencionar cómo la normativa colombiana le ha dado un abordaje similar a la regulación de los alimentos y los medicamentos, comprendiendo las grandes similitudes existentes entre ambos tipos de bienes al ser productos cuya forma de uso es la ingesta y/o aplicación sobre el cuerpo humano. Este tratamiento similar no se da únicamente en el caso colombiano. En países como Estados Unidos, *la Food and Drug Administration* (FDA por sus siglas en inglés) ha sentado disposiciones analógicas respecto a los criterios aplicables para alimentos y medicamentos a los formulados por su homólogo colombiano, el INVIMA y aplicados a la jurisprudencia de la Superintendencia de Industria y Comercio, en el ejercicio sus facultades regulatorias en materia sanitaria (What does FDA regulate?, 2022).

Un caso que se abordó en la presente práctica es el referente a Jugos Hit, perteneciente a la empresa GASEOSAS POSADA TOBÓN SA. – POSTOBÓN SA., el cual ya se ha manejado en distintos procesos ante el juez constitucional y en decisión administrativa debido al alto contenido de azúcar que posee el producto y sus efectos para la salud, en contraposición con la percepción que se le da al consumidor sobre la bebida, en la cual se le da a entender que son “*refrescos de frutas HIT variedades*” (Superintendencia de Industria y Comercio, 2020).

En el año 2018, luego de múltiples requerimientos, solicitudes, derechos de petición y demás acciones pertinentes. La Corporación Colombiana de Padres y Madres (Red Papaz), respaldada por más de 36.000 padres y madres de familia, interpuso mecanismo de tutela ante el juez administrativo del circuito de Bogotá contra la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) y al Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos INVIMA. En las pretensiones, se buscó ordenar al INVIMA y a la SIC que, en cumplimiento de sus deberes administrativos, atendiesen los diversos requerimientos y llamados de atención de Red Papaz que se venían surtiendo desde el año 2017 por concepto de publicidad engañosa de los productos Hit y Fruper, con campañas en las que se incluyeron slogans como: “fruta de verdad”, “recomendado por pediatras”, “te hace crecer y aprender”, “es jugo”, “ideal para niños” (Dejusticia, 2018).

Dentro de los sustentos doctrinales utilizados por Red Papaz en la tutela presentada, se sustentaban los efectos a mediano y largo plazo en los NNA por el consumo de productos con alto contenido en azúcares y conservantes, bajo la falsa idea de estar consumiendo una bebida a base de frutas cuando en realidad no existía soporte científico alguno que permitiese evidenciar el aporte

de vitaminas u otro tipo de nutrientes, teniendo como sustento para la acción diversos estudios de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y de la Organización Panamericana de la Salud (OPS), entre los cuales se destaca la siguiente cita de la OPS:

(...) no existe evidencia científica que sustente que el consumo de nutrientes en forma aislada o “nutrientes aislados” puedan contribuir a la nutrición y la salud de las personas con la misma efectividad que el consumo del mismo nutriente cuando este hace parte naturalmente de un alimento. (Red Papaz, 2018)

Para el caso en cuestión, Red Papaz no solo interpuso la tutela mencionada. En el año 2019 instauró una acción popular contra la nación, el Ministerio de Salud, el INVIMA, la SIC, la Autoridad Nacional de Televisión, POSTOBÓN S.A. y Productos Alpina por afectación a la salud pública y vulneración al derecho a la información de los NNA como sujetos de especial protección constitucional debido al consumo de ultra procesados. Dentro del cuerpo de la demanda, la accionante expone, no solo el actuar doloso por parte de las dos compañías demandadas, sino también evidencia las múltiples omisiones sobre las cuales han reincidido los organismos administrativos encargados del control de los bienes objeto de comercio y de la protección a los consumidores sustentado en el Pacto por el Crecimiento del Sector Alimentos procesados.

El argumento central de Red Papaz sobre la vulneración al derecho a la información del consumidor como factor que atenta contra la salud pública, se basó en una lógica tan sencilla como pragmática: si la persona consume un producto sobre el cual se está vulnerando su consentimiento al no contener la información suficiente y/o real, existirán vicios del consentimiento en la acción

de la adquisición del producto y la ingesta del mismo -más si dicha ingesta se realiza de manera sostenida a lo largo del tiempo como sucede con los jugos de las loncheras infantiles-. El producto entonces, generará potenciales afectaciones al organismo de quien lo consume de manera sostenida a lo largo del tiempo con el adicional del perjuicio ocasionado ante la situación de desprotección que ha sufrido el sujeto -con el agravante de ser un sujeto de especial protección constitucional- ante la falta de control de la administración sobre el manejo de la publicidad y el contenido de los alimentos procesados.

Los múltiples litigios de Red Papaz por concepto de publicidad engañosa en jugos procesados, decantó en una sanción por parte de la SIC hacia Postobón SA. por el orden de \$1.667.825.700. Mediante la Resolución 37544 de julio de 2020 con radicado número 17-424418, la Superintendencia de Industria y Comercio expone diferentes pruebas aportadas por Red Papaz donde se exponen diferentes escenarios en los cuales Postobón SA. incurrió en vulneración al derecho del consumidor, desatacando diversas pautas comerciales en las cuales dan una percepción al consumidor del contenido del refresco como un jugo a base de frutas óptimo para el consumo en niños, siento esta resolución de gran importancia al ser de las primeras sentencias de la SIC que logra sentar precedente sobre la percepción indirecta que se le da al consumidor, así como la manipulación de escenarios para la configuración de la psiquis del sujeto, como un elemento configurador de aquello entendido como información.

5.2.3. El daño al consumidor ocasionado por productos defectuosos o de calidad subestándar:

La ley 1480 de 2011 avizoró que ante productos defectuosos o de calidad subestándar, se podrían generar ciertos escenarios indeseables que generasen algún tipo de daño al consumidor. Es por eso que en los artículos 20 y 21 del cuerpo normativo se sientan unas disposiciones base - aunque tales no restringen la posibilidad, e inclusive necesidad, de complementar lo dispuesto con las demás instituciones desarrolladas en el derecho para el resarcimiento del daño-:

El artículo 20 sienta la cláusula de responsabilidad en caso de daño por productos defectuosos, estableciendo la responsabilidad solidaria entre el productor y el expendedor, entendiendo que en muchas ocasiones la cadena de producción resulta tan larga y extensa, que limitar a un sujeto específico la obligación de resarcir el daño, conforme a las disposiciones del artículo 21 de la norma, sin la posibilidad de establecer la responsabilidad solidaria, resulta a la postre adicionando cargas al consumidor que le revictimizan y sobre, cuales desde el abordaje constitucional que ha caracterizado a la norma en cuestión, este no debería estar dispuesto a soportar en su calidad de sujeto en condición desigual.

Artículo 20. Responsabilidad por daño por producto defectuoso. El productor y el expendedor serán solidariamente responsables de los daños causados por los defectos de sus productos, sin perjuicio de las acciones de repetición a que haya lugar.

Artículo 21. Determinación de la responsabilidad por daños por producto defectuoso. Para determinar la responsabilidad, el afectado deberá demostrar el defecto del bien, la existencia del daño y el nexo causal entre este y aquel.

Así las cosas y con el ánimo de sentar elementos para determinar la responsabilidad derivada de ciertos bienes de consumo, como lo son los alimentos y los medicamentos, la normativa colombiana ha dispuesto, apoyada por los avances científicos y por las disposiciones emanadas por parte de diversos organismos como lo son: la Organización Mundial de la Salud, la CEPAL, entre otras organizaciones multilaterales, diversas disposiciones y directrices que permiten trazar unos estándares y elementos mínimos respecto a la calidad de los productos que se distribuyen, a fin de dar unos lineamientos claros y unificados que le permitan al consumidor, al proveedor y a todo aquel interesado, determinar las características del producto y clasificarlos de acuerdo a sus índices de calidad.

Es así como, para el caso de los productos fitoterapéuticos, el Decreto 1156 de 2018, en consonancia con las directrices dadas por la Organización Mundial de la Salud (OMS, 2018) ha determinado algunos estándares mínimos respecto a la calidad de estos bienes, atendiendo a sus características, fabricación y protocolos, clasificando a los Productos Fito Terapéuticos (PFT) de calidad subestándar en alterados y fraudulentos:

PFT alterado: aunque media autorización para el producto, no corresponde a lo autorizado. Tiene las siguientes características:

- Cuando se le hubiere sustituido, sustraído total o parcialmente o reemplazado los elementos constitutivos que forman parte de la composición oficialmente aprobada
- Cuando se le hubieren adicionado sustancias que puedan modificar sus efectos o sus características farmacológicas, fisicoquímicas u organolépticas;
- Cuando hubiere sufrido transformaciones en sus características fisicoquímicas, biológicas, organolépticas, o en su valor terapéutico por causa de agentes químicos, físicos o biológicos;
- Cuando se encuentre vencida la fecha de expiración correspondiente a la vida útil del producto;
- Cuando el contenido no corresponde al autorizado o se hubiere sustraído del original, total o parcialmente;
- Cuando por su naturaleza no se encuentre almacenado o conservado con las debidas precauciones (Decreto 1156 de 2018).

PFT fraudulento: el producto fabricado carece de cualquier tipo de autorización sanitaria para su distribución. Sus parámetros de calidad son los siguientes, conforme a la norma:

- El elaborado por laboratorio farmacéutico que no se encuentre autorizado por la autoridad sanitaria competente;
- El elaborado por laboratorio farmacéutico que no tenga autorización para su fabricación;
- El que no proviene del titular del Registro Sanitario, del laboratorio farmacéutico fabricante o del distribuidor o vendedor autorizado, de acuerdo con la reglamentación que para el efecto expida el Ministerio de Salud y Protección Social;
- El que utiliza envase, empaque o rótulo diferente al autorizado;

- El introducido al país sin cumplir con los requisitos técnicos y legales establecidos en el presente decreto;
- El que tiene la marca, apariencia o características generales de un producto legítimo y oficialmente aprobado, sin serlo;
- El que no esté amparado con Registro Sanitario;
- El elaborado a partir de un material vegetal no incluido en los listados de plantas medicinales aceptadas con fines terapéuticos (Decreto 1156 de 2018).

En este orden de ideas, se tiene que para que el producto fitoterapéutico cumpla con los requisitos de validez y legalidad, debe mediar autorización de la autoridad administrativa competente, que para el caso colombiano se refiere al Registro Sanitario expedido por el INVIMA. Tal autorización -al menos en el papel-, certifica el cumplimiento de los requisitos técnico-legales del producto. Finalmente, dentro de la conceptualización de productos fitoterapéuticos aprobados por la norma colombiana se tienen 3 tipos de producto clasificados de acuerdo a su uso y composición y dividiéndose en: preparaciones Farmacéuticas con base en Plantas Medicinales (PFM); producto Fitoterapéutico de uso Tradicional (PFT); producto Fitoterapéutico de uso Tradicional Importado (PFTI) de acuerdo a la Guía de Etiquetas de Medicamentos (INVIMA, 2018).

5.2.4. Mecanismos y acciones jurisdiccionales para la defensa del consumidor:

Como bien se ha mencionado con antelación, la Ley 1480 del 2011 brinda unas garantías especiales al consumidor en evidencia de su posición desigual frente al proveedor. Es así que el Estatuto del Consumidor, así como el Régimen de Protección al Consumidor Financiero -entre

otras normas de orden convencional- permitieron sentar las bases sustanciales para el sustento de los daños y perjuicios que pueda causar el proveedor en la relación de consumo frente a escenarios de cláusulas abusivas; vulneración al derecho a la información; incumplimientos contractuales; así como los daños a la salud o a otros bienes convencionalmente amparados, entre otros aspectos.

5.2.5. Litigio de alto impacto y la class action como mecanismo para la defensa de los derechos del consumidor:

Dentro de las diversas disposiciones dadas por la ley 1480, se dictaron acciones procesales y procedimentales para la defensa de los derechos del consumidor y la atención a controversias contractuales suscitadas en contratos de consumo entre particulares. Es de este modo que el título VIII del articulado normativo versa sobre los “Aspectos procedimentales e institucionalidad”, teniendo en su capítulo I las disposiciones concernientes a las acciones jurisdiccionales. Es de hecho, en numeral primero del artículo 56, contenido en el capítulo mencionado, que se dicta la posibilidad de interponer acciones de grupo como mecanismo de protección a los derechos del consumidor en materia de resarcimiento de daños conforme a las disposiciones emanadas de la Ley 472 de 1998. Del mismo modo, se incorpora en parágrafo del artículo en cuestión, la complementariedad en aspectos procesales con las disposiciones dadas por el Código General del Proceso.

Las acciones de grupo, normadas por la ley 472 de 1998 y por el artículo 89 de la constitución política, se estructuran como mecanismos constitucionales que pueden ser interpuestos “por un número plural de personas o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales a dichas personas”

(artículo 3, ley 472 de 1998). A diferencia de las acciones populares, que van orientadas preponderantemente hacia la prevención o cesación del daño, las acciones de grupo se guían hacia el resarcimiento del hecho dañoso ya acontecido.

Resultan particularmente importantes las acciones de grupo como mecanismo para el resarcimiento del daño a un número plural de individuos como una tendencia innovadora -al menos en Colombia- para la salvaguarda a los bienes jurídicamente tutelados, tanto por sujetos de derecho público, así como de agentes privados entendiéndolas a su vez como mecanismos potencialmente efectivos para la transformación del derecho ante escenarios que generan detrimento en los bienes jurídicos de un conglomerado poblacional. Sin embargo, para que el ejercicio del *impact litigation* adquiera forma y sus pretensiones puedan prosperar, este debe sustentarse sobre la existencia de un evento dañoso, o en su defecto, de la posibilidad de la existencia de tal -aunque en este escenario, se deberá sustentar muy bien el escenario de previsión sobre los principios de precaución y prevención a fin de que el juez constitucional atienda los requerimientos señalados en la acción interpuesta-.

5.2.6. Aspectos relevantes sobre las acciones de grupo como mecanismo para el resarcimiento del daño a un número plural de personas:

También conocida como “reparación de los perjuicios causados a un grupo” (art. 145 CPACA). Es un mecanismo de carácter contencioso desarrollado por la ley 472 de 1998 por la que se ampara la protección de los derechos colectivos con un enfoque hacia la reparación pecuniaria ante daños ocasionados a grupos de 20 o más personas. Dentro de las partes demandadas, la norma

señala que pueden ser tres tipos de personas: i) las entidades públicas por acción u omisión; ii) las personas privadas que desempeñan funciones administrativas; y iii) los particulares que afecten los derechos protegidos por esta clase de acciones.

Si bien por su carácter indemnizatorio, la acción de grupo está estrechamente ligado con el derecho de los daños, pudiendo llegar a confundirse con la acción de reparación directa, la Corte Constitucional ha sentado mediante jurisprudencia, algunos lineamientos que le confieren a este mecanismo ciertas particularidades respecto a otros procesos, tal como lo desarrolla Quinche Ramírez (2015) :

i. La flexibilización de los criterios para probar la configuración de la responsabilidad en procura del acceso material a justicia (Consejo de Estado. Sentencia del 16 de abril de 2007)

ii. La amplitud respecto a quienes ostentan la titularidad de la acción. A diferencia de los otros procesos para la reparación de daños, la corte constitucional mediante sentencia C – 116 de 2008 ha dispuesto que, para la titularidad de la acción de grupo, adicional a quienes hubiesen sufrido directamente el perjuicio individual también podrá presentar la demanda “cualquiera de ellas en representación de las demás que sido afectadas individualmente, sin necesidad de que cada uno de los interesados ejerza por separado su propia acción, ni haya otorgado poder (Quinche Ramírez, 2015, págs. 330 - 332).

Finalmente, cabe resaltar que, si bien la acción de grupo tiene fines indemnizatorios, esta no aplica cuando sus pretensiones versan sobre asuntos como la indexación y el pago de intereses moratorios por cuestiones laborales. Tal lo evidencia el Consejo de Estado en sala plena de lo contencioso administrativo en sentencia de unificación del 13 de julio de 2021 con CP. William Hernández Gómez al reafirmar los criterios de la corporación respecto al accionar de un grupo de servidores públicos de la Gobernación de Antioquia por concepto del pago tardío de salarios y de reajuste salarial:

(...) tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional como la del Consejo de Estado ha sostenido que las acciones de grupo se pueden interponer para obtener la indemnización de los perjuicios causados por la transgresión de todo tipo de derecho, sin embargo, como las pretensiones propias de esta vía procesal son exclusivamente indemnizatorias, no se puede acudir a ella para obtener un reconocimiento distinto a la reparación de un daño. De igual manera, las condenas en aquellas acciones pueden incorporar diversas formas de indemnización, no necesariamente pecuniarias, pero que permiten restablecer el derecho que fue vulnerado. (subrayado fuera del texto).

Finalmente, respecto a la caducidad de la acción la norma refiere a dos años a partir de ocurrido el daño evento. Sin embargo, este término no se cuenta desde la el inicio del hecho dañoso, sino que sus términos comienzan a correr una vez se ha cesado la vulneración a los derechos de los afectados (esta disposición, entendiéndolo también que uno de los requisitos para la constitución del grupo es la afectación por un mismo hecho dañoso).

6. Marco conceptual

a. Efectos *inter partes*:

Conforme a lo emanado por la norma, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia comprende el efecto *inter partes* en materia contractual a la luz de la teoría de la relatividad de los contratos, desarrollando dicho concepto del siguiente modo:

Como únicamente las partes contratantes tienen interés en elevar a ley con rango jurídico los hechos de la realidad que son susceptibles de estipulaciones privadas para vincularse jurídicamente por ellas, es ostensible que las obligaciones contraídas y los derechos adquiridos de esa manera no pueden imponerse a terceros, salvo los casos excepcionales previstos por la ley civil: nadie puede resultar comprometido sino en la medida en que lo ha querido (Sala de Casación Civil, Corte Suprema de Justicia. Sentencia SC3201 del nueve de agosto de 2018. MP. Ariel Salazar Ramírez).

Se entiende entonces que los efectos *inter partes* se rigen bajo el principio romano “*res inter alios acta*”, referido a la capacidad del contrato para afectar o beneficiar exclusivamente a quienes han concurrido a su celebración bajo un concurso real de las voluntades entendido a su vez bajo el principio del “*pacta sunt servanda*” (art. 1602 CC), constituyéndose de este modo como fuente de obligaciones, a la luz del artículo 1494 del Código Civil colombiano.

b. Cláusulas reglamentarias:

Respecto a las cláusulas reglamentarias, estas cláusulas de adhesión están regidas por previamente por el Estado y son reguladoras de la autonomía de la voluntad de la administración

y del contratante conforme a los principios del derecho administrativo y a la finalidad de la actividad de la administración pública.

c. Negocio jurídico:

El negocio jurídico es todo aquel acuerdo de voluntades legal y legítimo realizado entre las partes donde se persigue satisfacer el interés de los involucrados, generando a su vez efectos jurídicos a los involucrados y a terceros que puedan verse afectados, los cuales se traducen en derechos y obligaciones.

d. Contrato de consumo:

El contrato de consumo debe entenderse como aquel acuerdo de voluntades celebrado a título oneroso y con efectos interpartes entre dos o más personas, sean jurídicas o naturales, para la adquisición de bienes y servicios, que pueden ser de índole comercial o financiera y con carácter público o privado.

Dentro de los sujetos inmersos en el contrato de consumo, se encuentra El Consumidor, como aquella persona contratante que busca la satisfacción de sus necesidades mediante la adquisición del bien o servicio en cuestión y que conforme al abordaje jurídico desarrollado por el legislador y acuñado de manera pacífica por la doctrina y la jurisprudencia, se ubica una posición de desigualdad en la relación contractual.

En contraposición, se halla el proveedor, quien conforme las disposiciones de la ley 1480 del 2011 se entiende como cualquiera de los sujetos miembros de la cadena de producción -o todos ellos, entendiéndolos a su vez cómo el extremo fuerte y mejor facultado dentro de la dinámica contractual en cuestión. Estas disposiciones sobre los sujetos de la relación contractual en los

contratos de consumo, tiene efectos especiales en materia de responsabilidad, especialmente por los efectos que pueda causar el bien objeto de comercio.

f. Autonomía de la voluntad:

La autonomía de la voluntad está estrechamente relacionada con la dignidad humana consignada en la principal histórica de la carta política nacional, así como del artículo 16 de la Constitución referente al libre desarrollo de la personalidad y a la posibilidad de regirse a sí mismo y determinar su proyecto de vida conforme a sus deseos y condiciones propias. La corte constitucional en sentencia C - 934 del 2013, refiere, respecto a la autonomía de la voluntad privada, las siguientes facultades:

1. La capacidad plena para celebrar contratos o no celebrarlos, de acuerdo a su albedrío y en ejercicio de su consentimiento.
2. Determinar con amplia libertad el contenido de las obligaciones y derechos que se adquieran con los actos jurídicos realizados, teniendo como únicos límites la determinación propia y la ley.
3. El poder crear relaciones con efectos inter partes entre los contratantes y en ausencia de cualquier vicio que pueda nublar la autonomía de la persona.

7. Actividades realizadas

Respecto al presente capital de actividades realizadas, es importante realizar las siguientes precisiones para la comprensión de las tablas presentadas a continuación:

1. El presente acápite se dividirá en los dos componentes sobre los cuales se ha venido dividiendo el presente trabajo para fines pedagógicos: El primero, correspondiente a las actividades realizadas en el marco del desarrollo y seguimiento de procesos administrativos a la unidad de litigios y consultoría en consultoría en asuntos administrativos, en tanto el segundo, referente a las actividades realizadas en el marco de la práctica de litigio de alto impacto para la defensa de los derechos del consumidor.

2. Como se podrá evidenciar, a lo largo de los meses, se registraron actividades aparentemente están repetidas. Sin embargo, esto se debe a parte de las funciones asignadas consistió en el manejo de procesos judiciales y la alimentación constante de las bases de datos con los litigios asignados, requiriendo de un ejercicio sistemático consistente en: la revisión de los procesos; el cargue de documentos y de actuaciones a la plataforma eKOGUI; la radicación de memoriales; la revisión de las actuaciones procesales; el registro de inconsistencias o irregularidades, entre otros aspectos correspondientes a los casi 150 procesos registrados.

7.1. Actividades realizadas en el marco del desarrollo y seguimiento de procesos adscritos a la unidad de litigios y consultoría en asuntos administrativos:

| <i>Meses</i> | Tareas |
|---|---|
| <p><i>Febrero</i></p> <p><i>- marzo</i></p> | <p>Estudio y actualización de los procesos judiciales ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, así como de conciliaciones extrajudiciales (120 procesos y conciliaciones asignados en total) donde la Superintendencia de Notariado y Registro se encuentra como sujeto procesal o tercero de interés.</p> <p>Estudio de los manuales e instructivos correspondientes para el manejo de la plataforma EKOGUI perteneciente a la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado, a fin de realizar y/o actualizar las calificaciones de riesgo de los procesos litigiosos asignados.</p> <p>Realización de las calificaciones de riesgo ante la Agencia Para la Defensa Jurídica del Estado a todos los procesos asignados a la fecha, de acuerdo con los manuales técnicos de provisión contable (circular 353 del 1 de noviembre de 2016), a fin de calcular los riesgos de pérdida o éxito en los diferentes litigios y trámites arbitrales, así como establecer los montos a</p> |

disponer por parte del Estado conforme a los valores de indexación previamente establecidos.

Formulación y radicación de memoriales en los procesos asignados para las distintas actuaciones jurídicas requeridas en lo contencioso administrativo conforme a lo dispuesto por el decreto 806 de 2020.

Formulación de cuentas de cobro por concepto de contratación de servicios de representación jurídica entre la Superintendencia de Notariado y Registro y el tutor de práctica conforme a los “Formatos de Informe de Supervisión de Cumplimiento de Contrato de Prestación de Servicios, Solicitud y Autorización de Pago” creadas por la entidad en cuestión, en conjunto con sus respectivos soportes, conforme a lo establecido por la Circular No. 726 Noviembre 02 de 2021 de la Superintendencia de Notariado y Registro.

En caso de requerirse, formulación de memoriales a la autoridad judicial competente para la solicitud de expedientes a fin de realizar la adecuada práctica de la defensa judicial.

Construcción de una base de datos estructurada con la información de todos los procesos asignados, teniendo en cuenta:

- Radicado del proceso.
- Sujetos procesales.
- Autoridad judicial.

Marzo
– *abril*

| | |
|--|--|
| <ul style="list-style-type: none"> • • • • • • | <p>Clase de proceso.</p> <p>Estado en EKOGUI.</p> <p>Admisión del proceso.</p> <p>Estado actual del proceso.</p> <p>Anotaciones especiales sobre el proceso.</p> <p>Estado de personería jurídica en el proceso.</p> |
| <p>Estudio y actualización de los procesos judiciales ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, así como de conciliaciones extrajudiciales (135 procesos y conciliaciones asignados en total) donde la Superintendencia de Notariado y Registro se encuentra como sujeto procesal o tercero de interés.</p> | |
| <p>Reporte de posibles inconsistencias derivadas de la asignación de procesos por parte de la Superintendencia de Notariado y Registro y, de ser posible, corrección de las presentadas.</p> | |
| <p>Gestión, revisión y actualización constante de los procesos asignados, registrando e informando sobre las actuaciones procesales recientes.</p> | |
| <p>Formulación y radicación de memoriales en los procesos asignados para las distintas actuaciones jurídicas requeridas en lo contencioso administrativo conforme a lo dispuesto por el decreto 806 de 2020.</p> | |

Formulación y radicación de cuentas de cobro por concepto de contratación de servicios de representación jurídica entre la Superintendencia de Notariado y Registro y el tutor de práctica, conforme a los “Formatos de Informe de Supervisión de Cumplimiento de Contrato de Prestación de Servicios, Solicitud y Autorización de Pago” creadas por la entidad en cuestión, en conjunto con sus respectivos soportes, conforme a lo establecido por la Circular No. 726 noviembre 02 de 2021 de la Superintendencia de Notariado y Registro.

Realización de las calificaciones de riesgo a todos los procesos asignados a la fecha, de acuerdo con los manuales técnicos de provisión contable (circular 353 del 1 de noviembre de 2016), a fin de calcular los riesgos de pérdida o éxito en los diferentes litigios y trámites arbitrales, así como establecer los montos a disponer por parte del Estado conforme a los valores de indexación previamente establecidos.

*Abril -
mayo*

Estudio y actualización de los procesos judiciales ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, así como de conciliaciones extrajudiciales donde la Superintendencia de Notariado y Registro se encuentra como sujeto procesal o tercero de interés.

Actualización y alimentación de la base de datos creada con la información de todos los procesos asignados, teniendo en cuenta:

| | |
|--|---|
| <ul style="list-style-type: none"> • • • • • • • • • | <p>Radicado del proceso.</p> <p>Sujetos procesales.</p> <p>Autoridad judicial.</p> <p>Clase de proceso.</p> <p>Estado en EKOGUI.</p> <p>Admisión del proceso.</p> <p>Estado actual del proceso.</p> <p>Anotaciones especiales sobre el proceso.</p> <p>Estado de personería jurídica en el proceso.</p> |
| <p>Reporte de posibles inconsistencias derivadas de la asignación de procesos por parte de la Superintendencia de Notariado y Registro y, de ser posible, corrección de las presentadas.</p> | |
| <p>Gestión, revisión y actualización constante de los procesos asignados, registrando e informando sobre las actuaciones procesales recientes.</p> | |
| <p>Formulación y radicación de memoriales en los procesos asignados para las distintas actuaciones jurídicas requeridas en lo contencioso administrativo conforme a lo dispuesto por el decreto 806 de 2020.</p> | |
| <p>Formulación y radicación de cuentas de cobro por concepto de contratación de servicios de representación jurídica entre la Superintendencia</p> | |

de Notariado y Registro y el tutor de práctica, conforme a los “Formatos de Informe de Supervisión de Cumplimiento de Contrato de Prestación de Servicios, Solicitud y Autorización de Pago” creadas por la entidad en cuestión, en conjunto con sus respectivos soportes, conforme a lo establecido por la Circular No. 726 noviembre 02 de 2021 de la Superintendencia de Notariado y Registro.

*Abril a
mayo*

Estudio y actualización de los procesos judiciales ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, así como de conciliaciones extrajudiciales donde la Superintendencia de Notariado y Registro se encuentra como sujeto procesal o tercero de interés.

Actualización y alimentación de la base de datos creada con la información de todos los procesos asignados, teniendo en cuenta:

- Radicado del proceso.
- Sujetos procesales.
- Autoridad judicial.
- Clase de proceso.
- Estado en EKOGUI.
- Admisión del proceso.
- Estado actual del proceso.
- Anotaciones especiales sobre el proceso.

| | |
|---|--|
| <ul style="list-style-type: none">• | Estado de personería jurídica en el proceso. |
| Reporte de posibles inconsistencias derivadas de la asignación de procesos por parte de la Superintendencia de Notariado y Registro y, de ser posible, corrección de las presentadas. | |
| Reporte de posibles inconsistencias derivadas de la asignación de procesos por parte de la Superintendencia de Notariado y Registro y, de ser posible, corrección de las presentadas. | |
| Gestión, revisión y actualización constante de los procesos asignados, registrando e informando sobre las actuaciones procesales recientes. | |
| Formulación y radicación de memoriales en los procesos asignados para las distintas actuaciones jurídicas requeridas en lo contencioso administrativo conforme a lo dispuesto por el decreto 806 de 2020. | |
| Formulación y radicación de cuentas de cobro por concepto de contratación de servicios de representación jurídica entre la Superintendencia de Notariado y Registro y el tutor de práctica, conforme a los “Formatos de Informe de Supervisión de Cumplimiento de Contrato de Prestación de Servicios, Solicitud y Autorización de Pago” creadas por la entidad en cuestión, en conjunto con sus respectivos soportes, conforme a lo establecido por la Circular No. 726 noviembre 02 de 2021 de la Superintendencia de Notariado y Registro. | |

9.2. Actividades realizadas en el marco de la práctica de litigio de alto impacto para la defensa de los derechos del consumidor:

| <i>Mes</i> | Tarea |
|---|---|
| <p><i>Febrero</i></p> <p><i>marzo</i></p> | <p><u>Acción de grupo: Postobón (jugos HIT)</u></p> <p>Formulación y radicación de derecho de petición con radicado del 13 de enero de 2022 solicitando “copia de todos los actos administrativos sancionatorios proferidos por el Instituto Nacional de Vigilancia en Medicamentos y Alimentos – INVIMA, así como de aquellos proferidos por la Superintendencia de Industria y Comercio relativos a publicidad engañosa de la marca Jugos Hit”.</p> <p><u>Acción popular: Coches turísticos y defensa de los derechos de los animales:</u></p> <p>Formulación y radicación de derecho de petición ante la Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias sobre las condiciones en torno a los coches de tracción animal para fines turísticos en la ciudad de Cartagena.</p> |

Marzo a abril

Acción de grupo: Postobón (jugos HIT)

Estudio de aspectos procesales y sustanciales para la formulación de acción de grupo contra Postobón S.A. por publicidad engañosa, tomando como base el mecanismo de reparación del daño evento de acuerdo al desarrollo dado por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos y al Consejo de Estado, realizando para el caso concreto, un abordaje desde la vulneración al derecho a la información por parte del consumidor.

Caso Pronabell (Dololed):

Estudio del caso analizando:

- Historial del caso.
- Procesos en torno al tema de litigio en cuestión.
- Actuaciones procesales realizadas por los sujetos procesales.
- Formulación de teorías en torno al caso respecto a las actuaciones ejecutadas por la contraparte (Laboratorios Pronabell).

Abril a mayo

Acción de grupo: Postobón (jugos HIT)

- Compilación de elementos probatorios que ayuden a la defensa jurídica del caso.

- Proyección del documento de demanda para la realización de la acción de grupo por vulneración al derecho a la información del consumidor ante publicidad engañosa por parte de la marca Jugos Hit, perteneciente a Postobón S.A.
- Estudio sobre la correlación entre la vulneración del derecho a la información como elemento transgresor de derechos fundamentales para ser usado como sustento del caso.

Caso Pronabell (Dololed):

Estudio de las diferentes teorías e instituciones jurídicas que sirvan de apoyo para la defensa jurídica del caso, enfocándose en la vulneración del derecho a la información del consumidor.

Análisis normativo sobre la teoría de daño evento como configurador de responsabilidad civil extracontractual en materia de derecho de consumo.

Estudio sobre la correlación entre la vulneración del derecho a la información como elemento transgresor de derechos fundamentales para ser usado como sustento del caso.

8. Conclusiones

Dentro de las conclusiones de este trabajo se tiene como hallazgo la utilidad, conveniencia y e importancia de la acción de grupo como mecanismo procesal para el resarcimiento del daño en Colombia. Encontrando en la “*Class Action*” una forma de efectivizar y desarrollar de manera innovadora la constitucionalización del derecho privado en Colombia como una nueva tendencia la cual se encuentra en constante desarrollo y auge, nutrida por un sinnúmero de componentes interdisciplinarios desarrollados a nivel global y reconociendo los avances que ha tenido el derecho colombiano para la protección del consumidor y medio de la economía de mercado propia del mundo globalizado de hoy.

Una habilidad que logró desarrollar en esta práctica y la cual vale destacar, consistió en la creación de un estilo propio para la formulación de documentos jurídicos, tomando como base el estilo de redacción americano, cual requiere la aplicación de un mayor ejercicio en lo relativo al derecho probatorio respecto a la redacción clásica, al consistir este estilo en una relación dentro del cuerpo del documento, donde se enlazasen estrechamente cada uno de los hechos formulados con las pruebas que pudiesen ser aportar se dentro del mismo acápite fin de que la autoridad judicial, en la medida que vaya leyendo lo relatado, evidencie que existe un sustento probatorio para el mismo.

Así mismo, en medio del proceso de preparación de los sustentos suficientes para los litigios llevados en materia derecho de consumidor, se profundizó en conocimientos

correspondientes al área del derecho de daños desde un carácter más abstracto que el usualmente manejado. Aspectos de la práctica que escapan a los libros y a las aulas de clase fueron estudiados y puestos sobre la mesa para su discusión; por ejemplo, el uso de la jurisprudencia de la Corte Interamericana derechos humanos y el abordaje de los nuevos aportes y tendencias desarrollados por diversos países del mundo, (en especial de Europa y Estados Unidos) para la defensa del derecho del consumidor, tomando instituciones como el “daño evento”, nutrieron de gran forma todo un conglomerado de conocimientos adquiridos en pregrado gracias a mis docentes y profundizado por decisión propia al ser el derecho de daños una de mis áreas de enfoque académico-profesional.

Esta práctica también jugó un papel fundamental en la decisión de poner la vista en el derecho a la información del consumidor como un objeto de estudio de gran importancia y sobre el cual pretendo desarrollar estudios y ejercicios posteriores. El poder darle un abordaje científico, ético y multidisciplinar al derecho a la información, evidenciando su carácter multifactorial y notando el papel que juegan en torno al mismo, tanto la cadena de producción, así como la cadena de distribución, los medios de comunicación y los consumidores, evidenciando los efectos que se pueden causar sobre la psiquis, la salud y en general, sobre las condiciones de existencia del consumidor, adicional al papel que juega en medio de las dinámicas económicas del mercado y del capital (no solo limitando el análisis al sector de bienes, sino a otros casos como el derecho a la información del consumidor en asuntos financieros) me generó no menos que un gran asombro y una enorme atracción por esta área del derecho de la cual hasta ahora se está explorando en Colombia.

Respecto al componente de derecho administrativo, pese a esta no ser mi área de enfoque y haber implicado salir de la zona de confort que suele tenerse cuando a lo largo del pregrado se ha estado estudiando y se han concentrado la mayoría de los recursos en un área del derecho en específico como lo ha sido para mí el derecho privado, vale la pena reconocer que fue una experiencia extremadamente nutritiva tanto en lo personal como en lo académico-profesional. El aprender a usar herramientas propias de la Agencia para la Defensa Jurídica del Estado como el eKOGUI; el tener que estudiar la dinámica de los procesos de conciliación en procesos administrativos; aprender a realizar los procesos de calificación de riesgo y las provisiones contables para litigios donde el Estado funge como sujeto procesal; entre otros aspectos, son factores que van a tener un gran peso en el ejercicio propio del derecho y en la visión adquirida sobre el abordaje del ejercicio profesional, brindando una visión mucho más pragmática que sin duda alguna va a permitir desarrollo de nuevas herramientas para el litigio, que en otra experiencia difícilmente hubiese podido lograr adquirir.

Sobre las dificultades o falencias observadas, procederé a fraccionarlas conforme a los dos componentes que se han venido desarrollando, correspondientes al litigio de alto impacto en asuntos de consumidor y a la práctica en asuntos de derecho administrativo:

Respecto al litigio de alto impacto para asuntos en derecho de consumidor, encuentro que, precisamente, por su carácter innovador todavía falta mucho conocimiento en los temas (tanto en lo procesal, como en lo sustancial) por parte de los jueces de la República, especialmente en lo que corresponde a la acción de grupo como una forma para el resarcimiento del daño a un número

plural de consumidores, pese al desarrollo progresivo que le ha venido dado la doctrina colombiana a este instituto, así como su amplio desarrollo en otros países como Estados Unidos mediante la *Class Action*.

Algo que se pudo evidenciar en torno a la problemática planteada, es que a la fecha, la acción de grupo para el resarcimiento del daño en derecho de consumo, sigue siendo un mecanismo poco recurrente al interior de los despachos judiciales, por lo cual, a la hora de presentar los litigios, es imposible no tener cierta incertidumbre por parte del abogado que conozca del caso; no porque se carezcan de los fundamentos suficientes para que las pretensiones esgrimidas salgan avantes, sino frente a la posibilidad de que en el desconocimiento por parte de la autoridad judicial, se pueda llegar a desestimar lo planteado y se vulneren nuevamente los derechos del consumidor.

Sin embargo, se entiende esta situación planteada, es algo usual en aquellos escenarios donde un instituto jurídico hasta ahora se está explorando y tiene tan poca práctica como ocurre con los litigios en consumo a un número plural de afectados y que el proceso natural dentro del derecho es justamente ese: ir explorando formas, estilos y abordajes, e ir generando tendencia en el litigio a fin de que con la jurisprudencia y con la experiencia se vayan estructurando las bases y las condiciones suficientes para que los administradores de justicia -y en general todos aquellos interesados en el tema- se vean incentivados a aprender, ya ejercitarse en torno a tal.

En lo que corresponde a los asuntos administrativos existen varias observaciones que vale la pena realizar: la primera reside en cómo en muchas entidades del Estado se realiza una

sobrecarga de trabajo al abogado producto de la asignación exacerbada de procesos, avizorando de plano una sobrecarga de trabajo, adicional a la imposición de tareas que no corresponden a las funciones propias de un abogado, siento estas mucho más de índole administrativa o secretarial. Esta situación afecta, sin duda alguna, el tiempo y la capacidad que tiene el profesional del derecho para ejercer las funciones que realmente le corresponden en su ejercicio profesional.

La sobrecarga de trabajo mencionada, marcada en muchas ocasiones por actuaciones innecesarias como lo son -por poner tan solo un caso-, la radicación de memoriales de manera sistemática en procesos ya archivados; la realización mensual de cuentas de cobro en formatos dispendiosos y ya anacrónicos, los cuales podrían ser reemplazados por mecanismos mucho más sencillos, céleres y expeditos; la solicitud constante de informes con sus respectivas pruebas (fotos de reuniones, pantallazos de correos, etc.), entre otros escenarios, generan cargas innecesarias adicionales a las labores principales encomendadas, escenario que conducirá, indefectiblemente, a la comisión de errores o en su defecto a que el profesional del derecho, en aras de poder cumplir con la carga asignada, termine omitiendo pasos o información -sea de manera consciente o por atiborramiento-, lo cual generará vacíos e inexactitudes en el registro y control de los procesos judiciales donde el Estado funge como sujeto procesal.

La situación relatada se pudo evidenciar, ya que al momento de iniciar la práctica se coincide con un proceso de empalme entre contratistas para la representación judicial al interior de la Superintendencia de Notariado y Registro, razón por la cual se tuvo que realizar una revisión y sistematización de los casos asignados a fin de crear una base de datos actualizada y actualizable

que obligó a atender, corregir y advertir la omisión en la información allegada por parte del profesional saliente, de la cual, con el tiempo llegué a la conclusión, se produjeron dichas omisiones producto del escenario ya planteado, sumado, seguramente a otros aspectos que advertirá con mayor precisión el contratista en medio de sus labores al interior de la institución.

Finalmente, otro aspecto que me llamó la atención, específicamente en el proceso de calificación de riesgo y provisión contable, fue el tiempo en la demora de los procesos judiciales; especialmente en aquellos relativos al resarcimiento del daño por responsabilidad administrativa, donde, realizar la provisión contable se pudieron evidenciar los tiempos exacerbadamente extensos entre la radicación de la demanda y la sentencia judicial.

Para ilustrar mejor la situación: es tal la demora y el estancamiento de los procesos administrativos -sobre todo en altas cortes-, que, a la hora de implementar las fórmulas matemáticas dadas por la Agencia para la Defensa Jurídica del Estado a fin de determinar la provisión contable, los tiempos reales superaban al margen temporal de las ecuaciones aritméticas dispuestas. Esta realidad tiene un doble efecto de acuerdo a como decante el proceso:

Uno de los posibles efectos es la revictimización del particular que interpone la acción contra el Estado. Parte de los fines de la responsabilidad civil y administrativa, consiste en la posibilidad que tenga el afectado en gozar del resarcimiento del daño causado y en procesos donde pueden transcurrir inclusive más de dos décadas hasta la sentencia judicial, resulta muchas veces imposible el disfrute en cuestión, con el adicional que, durante el tiempo que dure el proceso, el

accionante se encontrará en una situación de incertidumbre que sienta la discusión sobre si realmente en un gran número de procesos de responsabilidad frente a la administración se está dando una verdadera efectivización y garantía de los derechos al afectado.

El otro efecto a tratar radica en los costos para el Estado. Dentro del ejercicio del cálculo de provisiones contables y la implementación de las fórmulas aritméticas dispuestas por la Agencia para la Defensa Jurídica del Estado, pude evidenciar que el tiempo es un factor que juega a favor y en contra de los intereses del estado o de los intereses del accionante de acuerdo al lente con el que se analice la situación. Tal afirmación se basa en que, mayor tiempo transcurrido desde la radicación de la demanda hasta la sentencia judicial, mayor será el valor que se tenga que destinar para efectos indemnizatorios por conceptos de indexación y de reparación del daño causado.

Las dos situaciones anteriormente relatadas, dejan como conclusión parcial que, de existir una mayor celeridad en los procesos judiciales, se le brindarían mayores y mejores garantías en derecho al ciudadano que se ha visto afectado por el accionar de la administración o de sus agentes y, por otro lado, se reducirían significativamente los gastos que deba destinar el Estado para el cumplimiento de las sentencias judiciales de esta índole.

Referencias bibliográficas

Alessandri Rodríguez, A. (2009). *De los contratos*. Santiago de Chile: Editorial jurídica Temis.

Caycedo Espinel, C. (2019). Autonomía de la voluntad en las transacciones de consumo. En C. Caycedo Espinel, & D. Monroy Cely, *El consentimiento del consumidor*. Bogotá: Editorial Universidad Externado.

Congreso de la República. (2012). *Ley 1564 de 2012*. Bogotá: Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones.

Congreso de la República de Colombia. (2011). *Ley 1437 de 2011*. Bogotá, Colombia. Recuperado el 10 de enero de 2022, de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html#1

Congreso de la República de Colombia. (2011). *Ley 1437 de 2011* (Vol. Diario Oficial No. 47.956 de 18 de enero de 2011). "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo".

Congreso de la República de Colombia. (agosto 03 de 2001). *Ley 678 de 2001*. Bogotá D.C.: "por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición".

Dejusticia. (07 de septiembre de 2018). *Red PaPaz demanda a la SIC y al Invima por no actuar frente a publicidad engañosa de bebidas Hit y Fruper*. Obtenido de <https://www.dejusticia.org/red-papaz-demanda-a-la-sic-y-al-invima-por-no-actuar-frente-a-publicidad-enganosa-de-bebidas-hit-y-fruper/>

Escuela judicial Rodrigo Lara Bonilla. (1988). *Hermenéutica jurídica: Curso de Capacitación para jueces de la República*. Bogotá: Señal Editora.

Fernández Arbeláez, I. M. (2015). *Manual de derecho procesal administrativo y contencioso administrativo. Tomo 1* (Vol. 2). Armenia: Editorial Universidad la Gran Colombia.

Food and Drug Administration. (18 de January de 2022). *What does FDA regulate?* Obtenido de FDA Basics: <https://www.fda.gov/about-fda/fda-basics/what-does-fda-regulate>

Herrera Robles, A. (2012). *Aspectos generales del derecho administrativo colombiano* (3ra ed.). Barranquilla - Bogotá: Editorial Ibañez.

Hinestrosa, F. (2007). *Tratado de las obligaciones* (tercera ed., Vol. 1). (J. Chamie, Trad.) Bogotá: Editorial Universidad Externado.

Hoyos Lemus, F. (2016). *Medios de control en el CPACA*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

INVIMA. (2018). *Guía de Etiquetas de Medicamentos*.

Ivanega, M. M. (2013). *Instituciones del derecho administrativo* (2da. ed.). Bogotá: Externado.

Magliulo, A. (1999). La costituzione economica dell'italia Nella nuova europa. Un'interpretazione storica. *Studi e note di economia, Fasc. 3*, 161 - 189.

Méndez Chang, E. (2019). *Introducción al derecho romano*. Lima: Universidad Católica del Perú Fondo Editorial.

Montaña Plata, A. (2010). *Fundamentos de Derecho Administrativo*. Bogotá D.C.: Editorial Universidad Externado.

Morand Deviller, J. (2017). *Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado.

OMS. (2018). *Sistema Mundial de Vigilancia y Monitoreo de productos médicos de Calidad Subestándar y Falsificados*. Organización Mundial de la Salud.

Ospina Fernández, G. (2005). *Régimen General de las Obligaciones* (octava ed.). Bogotá: Editorial Temis.

Peirano Facio, J. (2004). *Responsabilidad extracontractual*. Bogotá: Editorial Temis.

Peláez Guitierrez, V. (2018). *La conciliación en el derecho administrativo colombiano* (2da. ed.). Bogotá: Universidad Externado.

Pico Bonilla, C. M., Gil Mateus, E. O., & Clavijo Álvarez, Á. A. (2017). Cognición y conducta en la falacia de las tasas base. *Revista de Economía Institucional*, 19(36), 313-332. doi:<https://doi.org/10.18601/01245996.v19n36.12>

Prieto Medina, L. C. (2019). Naturaleza jurídica del incumplimiento en los contratos administrativos. *Trabajo de grado presentado como requisito para optar el título de Magíster en derecho administrativo*. Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá. Obtenido de <https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/32378/PrietoMedinaLauraCarolina2019.pdf?sequence=2&isAllowed=y>

Quinche Ramírez, M. F. (2015). *Derecho Procesal Constitucional colombiano: acciones y procesos*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.

Red Papaz. (07 de septiembre de 2018). *Tutela Red Papaz v. SIC e INVIMA*. Obtenido de <https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2018/09/Tutela-Red-PaPaz-v-SIC-e-INVIMA-VF.pdf>

Santofimio Gamboa, J. O. (2017). *Compendio de derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Sentencia 02091 de 2018, Rad. No: 11001-03-15-000-2017-02091-00 (REV) (Sala plena de lo contencioso administrativo. Sala 27 especial de decisión. 2018 de abril de 03).

Sentencia C - 053/01, expediente D-3099 (Corte Constitucional de Colombia 24 de enero de 2001).

sentencia C - 870/02, expediente D-3987 (Corte Constitucional 15 de octubre de 2002).

Sentencia C - 934 de 2013, expediente D-9661 (Corte Constitucional de Colombia 11 de diciembre de 2013).

sentencia SU-901/05, expediente T-905903 (Corte Constitucional 1 de septiembre de 2005).

Serrano Gómez, R. (2008). Límites de la autonomía de la voluntad privada. *Humanidades*, 36(2), 27 - 37.

Superintendencia de Industria y Comercio. (16 de julio de 2020). *Superindustria sanciona a Postobón S.A. por publicidad engañosa en mensajes de productos "HIT"*. Obtenido de <https://www.sic.gov.co/slider/superindustria-sanciona-postob%C3%B3n-sa-por-publicidad-enga%C3%B1osa-en-mensajes-de-productos-%E2%80%9Chit%E2%80%9D#:~:text=Devoluciones-,Superindustria%20sanciona%20a%20Postob%C3%B3n%20S.A.%20por%20publicidad%20enga%C3%B1os>

Velásquez Posada, O. (2013). *Responsabilidad civil extracontractual* (segunda ed.). Bogotá: Editorial Temis.