DISSÊRTUM

La expresión de lo justo

EDICIÓN VIRTUAL Nº 15 · ENERO - NOVIEMBRE 2018

Revista de los estudiantes de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Unviersidad de La Sabana

Universidad de La Sabana

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
UNIVERSIDAD DE LA SABANA

DISSÊRTUM

Dirección:
Doralba Muñoz Muñoz *(estudiante de Derecho)*

Subdirección:
Paola Carolina Moreno Benítez *(estudiante de Ciencias Políticas)*

Coordinación profesoral:
Camila F. Herrera Pardo *(profesora de planta)*

Consejo editorial:
Juanita Aranguren Orjuela *(estudiante de Derecho)*
Juan Camilo Rozo Carrillo *(estudiante de Derecho)*
Andrés David Vargas Ossa *(estudiante de Derecho)*
Melisa Sánchez Gutiérrez *(estudiante de Derecho)*
Bryan Barragán López *(estudiante de Ciencias Políticas)*

Edición Virtual 15: Enero-noviembre 2018

ISSN: *2344-8180*

Edición, diseño, diagramación y publicación electrónica:
Ludo Comunicaciones

CONTENIDO

EDITORIAL

Propuestas e investigación: Un universo en el conocimiento

Cuando hablamos de aspectos jurídicos y políticos nos enfrentamos, en un amplio porcentaje, a un mundo de interrogantes y dilemas frente a los que, en muchas ocasiones, no hay respuesta única, sino que por el contrario, existe la posibilidad de elucidar diferentes teorías y planteamientos que conducen a dar soluciones diferentes, pero que sin lugar a duda suelen ser posibles, siempre que sea viable conforme a derecho y a la lógica del recto actuar humano.

Es por lo anterior que la investigación juega un papel sumamente relevante a la hora de abordar un planteamiento jurídico o político que tiene repercusiones en la sociedad o se basa en la observación del transcurrir de las comunidades.

En esta ocasión la Revista Dissertum trae para ustedes el producto de la investigación de varios estudiantes, futuros profesionales en las áreas antedichas, en los que pudieron plasmar diversas concepciones y análisis de diferentes problemáticas abordadas con la perspectiva de quienes buscan, además de estudiar a fondo un aunto determinado, brindar al lector una visión bien soportada sobre la base de elementos prácticos. La investigación que nos da camino para la aplicación en la realidad de aquellas herramientas maravillosas

que el derecho y las ciencias políticas, pero también, la labor del investigador, aportan a la sociedad a la hora de enfrentarse a diferentes situaciones en aspectos que no han de faltar.

En el momento que atraviesa nuestra sociedad colombiana no hay que caer en el riesgo que nos conduce el relativismo y tampoco el propio del absolutismo respecto de la visión sobre diferentes asuntos, sino más bien buscar, leer, investigar y sacar conclusiones bien fundadas, lo que precisamente este número de Dissertum propone al ofrecer el desarrollo de variados temas de investigación y la postura y conclusiones de autores que, atraves de un proceso de dedicación, comparten con ustedes en sus valiosos productos.

Recordemos lo que nos dice Albert Szent-Györgyi: "Investigar es ver lo que todo el mundo ha visto, y pensar lo que nadie más ha pensado".

Doralba Muñoz Muñoz
Estudiante directora

CONTRATO DE TRABAJO ESTATAL:

GARANTIZAR LOS DERECHOS LABORALES DE LOS "CONTRATISTAS" DEL ESTADO[1]

Manuel Andrés López Rojas[2]
Danna Catalina Esquivel Fonseca[3]
María Camila Becerra Suárez[4]
Juan Nicolás Cortés Galeano[5]

[1]Artículo ganador del primer puesto del concurso jurídico estudiantil: Encuentro de Semilleros Octavio Arizmendi Posada, en la Universidad de La Sabana.

[2] Estudiante de derecho de décimo semestre en la Universidad de La Sabana.
[3] Estudiante de derecho de noveno semestre en la Universidad de La Sabana.
[4] Estudiante de derecho de octavo semestre en la Universidad de La Sabana.
[5] Estudiante de derecho de octavo semestre en la Universidad de La Sabana.

I. INTRODUCCIÓN

En el marco de la contratación administrativa, se utiliza de manera frecuente la figura del contrato de prestación de servicios como mecanismo para subordinar personal de trabajo. Sin embargo, sea cual sea la modalidad contractual utilizada por la administración, siempre que se configure un verdadero contrato de trabajo, deben observarse los principios fundamentales del Derecho Laboral.

Teniendo en cuenta el alcance de la función pública en la administración, este imperativo resulta aún más exigible, pues el servidor público, además de erigirse como un límite al desafuero de la administración, representa los intereses generales de la comunidad y los fines esenciales del Estado. Con lo cual, sus actuaciones se deben ajustar no sólo al principio de legalidad sino a los principios que resulten pertinentes dependiendo de la rama de derecho que se vea involucrada. (Díaz Vargas, 2012)

En materia de empleo público y contratación, sin lugar a duda, se genera una simbiosis entre el derecho laboral y la contratación estatal, situación que ha generado en los últimos años la preocupación de las Altas Cortes por la reiterada vulneración al principio de primacía de la realidad[6], y con este a una serie de prerrogativas de orden constitucional y legal.

A partir de una línea jurisprudencial que tiene como punto de partida la sentencia C-154 de 1997, se pretende en el presente trabajo de investigación revisar los planteamientos de la Corte Constitucional frente a esta problemática y cómo a su juicio se deben armonizar los fines de la contratación administrativa con los principios del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social.

II. METODOLOGÍA

Esta investigación se desarrollará teniendo en cuenta la separación de los conceptos que se interrelacionan con el objeto de la investigación, es decir, que se analizaran los elementos del contrato de prestación de servicios, la modalidad de contratación y los aspectos procesales. Paralelamente se elaborará una línea jurisprudencial sobre los casos en los cuales las Altas Cortes han reconocido derechos laborales a los "contratistas", haciendo uso del principio de la primacía de la realidad. Como consecuencia del punto anterior, se destacarán los aspectos de relevancia para el surgimiento de una nueva modalidad contractual,

[6] Constitución Política de Colombia, artículo 53.

con la finalidad de garantizar los derechos laborales de los contratistas y los principios de la contratación estatal. Finalmente, se concluirá la investigación con la presentación de sugerencia de una nueva modalidad contractual.

III. SOBRE LA FORMALIDAD DENOMINADA CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS CON PERSONA NATURAL

1. Sentencia C-154 de 1997

Con fundamento en el artículo 241 de la Constitución Política[7], varios ciudadanos demandaron el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993[8] por considerar que éste desconocía el derecho a la igualdad al promover que la administración pública contratara bajo la modalidad de prestación de servicios a personas que claramente desempeñaban una labor de manera personal bajo las órdenes impartidas por la administración y que recibían como contraprestación una remuneración determinada.

Como consecuencia de lo anterior, se probaba la existencia de una relación laboral que, al no concebirse como tal, también vulneraba los artículos 25[9] y 53[10] de la Constitución.

Al desarrollarse tal vulneración en el ámbito de la administración pública, la disposición acusada constituía una vulneración a los principios constitucionales de la función pública consagrados en los artículos 122, 123 y 125 de la Carta Política.

Finalmente, los demandantes refieren una transgresión a varios de los conve-

[7] "A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:
1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformatorios de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación (…)"

[8] Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.
En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.

[9] El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.

[10] El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:
Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

nios de la OIT ratificados por Colombia, así como a preceptos contenidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

En su análisis, la Corte destaca la importancia de los principios que rigen la función administrativa en el ejercicio de la facultad de contratación propia de la administración. En ese sentido, señala que "dentro de la autonomía de la voluntad que tiene la administración para contratar, es necesario precisar que como función administrativa que ejerce, constituye una función reglada, lo que significa que debe someterse estrictamente a las estipulaciones legales sobre el particular, para la búsqueda del logro de las finalidades estatales mencionadas. Por consiguiente, el grado de autonomía que tiene la autoridad administrativa se ve ostensiblemente limitado frente a las reglas del derecho público, en materia de contratación" (Corte Constitucional. Sentencia C-154 de 1997)

Así mismo, la Corte efectúa un análisis comparativo entre el contrato de prestación de servicios y el contrato de trabajo, significando de manera especial la exigencia de subordinación en el contrato de trabajo como principal elemento diferenciador entre ambas figuras.

Con base en lo anterior, es dable inferir que un individuo que es contratado por la administración para el desarrollo de una labor específica sin estar sometido a las órdenes o requerimientos de un jefe directo goza de plena autonomía y, por lo tanto, no tiene derecho al pago de prestaciones sociales toda vez que estas corresponden a un beneficio exclusivo otorgado por los empleadores a los trabajadores en razón de los riesgos o necesidades que deben asumir con ocasión del contrato de trabajo. (Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral. Sentencia de julio 18 de 1985)

Si bien la Corte desestima las pretensiones de los demandantes por fundar sus argumentos en equívocos que inducen a asimilar el contrato de prestación de servicios con el contrato de trabajo, a partir de esta sentencia se sentó un primer precedente jurisprudencial sobre la diferencia sustancial entre ambas modalidades contractuales y la preeminencia de la realidad sobre las formas frente a cualquier artificio que pudiera llegar a utilizar la administración para eludir los gastos que supone la satisfacción de los derechos y garantías laborales. (Díaz Vargas, 2011)

2. Sentencia T- 723 de 2016

El principio de primacía de la realidad resulta enteramente aplicable respecto

de los eventos en los cuales el Estado, mediante una práctica desviada, disfraza verdaderas y auténticas relaciones laborales, mediante la figura de los contratos de prestación de servicios, práctica que supone el desconocimiento tanto de los principios que rigen el funcionamiento de la función pública, como de las prestaciones sociales que son propias a la actividad laboral. (Corte Constitucional. Sentencia T- 723 de 2016)

En definitiva, se ha constatado la utilización del contrato de prestación de servicios, para el disfraz de las relaciones laborales, o si se quiere, de los contratos de trabajo, con la intención de evadir, de manera reiterativa, el pago de las prestaciones sociales, lo cual constituye en sí mismo una contradicción con la protección especial y las garantías que la misma Constitución otorga a la relación laboral. Menciona textualmente la Corte Constitucional en la Sentencia T- 723 de 2016 que " (…) las garantías de los trabajadores deben ser protegidas por los órganos competentes, con independencia de las prácticas y artilugios estratégicos a los que acudan los distintos empleadores para evitar vinculaciones de tipo laboral y burlar los derechos laborales constitucionales de los trabajadores al servicio del Estado, sobre todo cuando es éste el principal encargado, a través de sus entidades, de garantizar el cumplimiento de la Carta Política".

Se afirma por tanto, que el uso indiscriminado de contratos de prestación de servicios, constituye una transgresión sistemática a la Constitución, y es por eso que la jurisprudencia constitucional, se ha manifestado respecto de los eventos en los que se está frente a una relación laboral, independientemente de la denominación que el empleador decida darle al contrato celebrado. Así las cosas, la Corte Constitucional en su sentencia C-629 de 2010, mencionó que las tres características esenciales de un contrato de trabajo son: (i) la prestación personal del servicio, (ii) la subordinación que imponga el cumplimiento de horarios o condiciones de dirección directa sobre el trabajador, y (iii) la contraprestación económica por el servicio prestado. En contraposición lo que caracteriza verdaderamente un contrato al que le sea aplicable la ley 80 de 1993 (régimen general de contratación pública) es: (i) la prestación de un servicio que no guarde relación con el funcionamiento de la entidad pública, (ii) la inexistencia de la subordinación, en la medida en que al contratista le asiste libertad y autonomía en el cumplimiento de su trabajo por el cual fue contratado,

(iii) la existencia de un valor por concepto de contraprestación por los honorarios prestados, y (iv) el no desarrollo de la labor contratada por personal de planta.

Ahora bien, en la sentencia citada en el acápite anterior, la Corte Constitucional afirmó que las circunstancias que ameritan el empleo de esta modalidad de contratación – prestación de servicios – deberán revestir una temporalidad definida, y deberán ser, en la mayoría de los casos, ocasionales y extraordinarias, respecto de las labores realizadas como objeto del contrato celebrado; lo anterior, en razón de que, de contratarse mediante prestación de servicios a una persona para que en el ejercicio de su actividad desarrolle de manera permanente las mismas actividades que un empleado público, se estaría desnaturalizando tal tipo de contratación.

Por su parte, el Consejo de Estado también se ha pronunciado al respecto, manifestando que "el contrato de prestación de servicios no puede constituirse en un instrumento para desconocer los derechos laborales y conforme a ello, en aras de hacer triunfar la relación laboral sobre las formas que pretendan ocultarla, es dable acudir a los principios constitucionales del artículo 53 de la C.P. que contempla la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales" (Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia 1129-2010).

Se debe tener en cuenta entonces, que para que sea procedente la declaración de la existencia de un contrato realidad el juez constitucional deberá contrastar la vinculación contractual que se le ponga de presente con los tres elementos esenciales del contrato de trabajo, contenidos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, y así, analizar la aplicabilidad del principio o teoría de la primacía de la realidad, en aras a establecer la preponderancia que merecen los hechos sobre las formalidades.

Así pues, el ejercicio de la función pública, materializado en las disposiciones de la administración, que pueden ser evidenciadas en un campo como el de la contratación estatal, y en este caso, la contratación de personal para el desarrollo de las actividades propias de la administración de las entidades públicas, en ningún caso puede resultar en desmedro de las garantías laborales constitucionalmente reconocidas, mediante la proliferación de un mecanismo de contratación como lo es el contrato de prestación de servicios, generando así dos efectos negativos para el ordenamiento jurídico y constitucional del país: (i) la desnaturalización del contrato de prestación de servicios, causada por la transgresión a su esencia ocasional, extraordinaria y temporal y (ii) el desconocimiento de la protección a la relación laboral, enmascarando la misma mediante una forma contractual que dista de la realidad.

Los incidentes relacionados con la primacía de la realidad en contratos de prestación de servicios responden a la necesidad de la administración de contratar personal temporal que ejerza funciones ordinarias, permanentes o extraordinarias de la entidad contratante y que no represente un gasto exorbitante al presupuesto anual.

Se realizarán ahora, algunos acercamientos doctrinales, respecto de la aplicación del principio de primacía de la realidad, en el marco del contrato de prestación de servicios. De esta manera, se menciona que, de los tres elementos esenciales que son propios del contrato de trabajo – la prestación personal del servicio, la remuneración como contraprestación del mismo, y la subordinación dl trabajador al empleador – los dos primeros son comunes al contrato de prestación de servicios, cuando el contratista es una persona natural. No obstante, la subordinación es el elemento diferenciador fundamental entre una y otra forma de contratación (Bohórquez, 2009). Por su parte, otra diferencia esencial, entre uno y otro contrato, según lo ha reiterado abiertamente la jurisprudencia, corresponde a la temporalidad, en la medida en que, el tenor del artículo 32.3 de la Ley 80 de 1993 preceptúa que tales contratos de prestación de servicios se celebran "por el tiempo estrictamente necesario"[11].

Respecto de la subordinación, que se erige como el elemento diferenciador entre uno y otro contrato, la jurisdicción administrativa ha mencionado que tal elemento puede verse probado acudiendo a variados indicios como la existencia de un horario de trabajo, la asignación de turnos en planillas, las labores supervisadas por un superior, los memorandos de amonestación, el trato similar dado a los funcionarios que cumplen las mismas tareas, la obligación de reportar a superiores el desarrollo de la actividad o el reconocimiento de viáticos, entre otros (Recomendación OIT, 2006) . En este punto, y respecto de la prueba del elemento mencionado, se aprecia la verdadera importancia del principio de primacía de la realidad, y de la constitucionalización del mismo, en el artículo 53 superior.

Por último, se menciona que, la forma o medio de contratación de la prestación de servicios, niega expresamente la relación laboral, en la medida en que, como se ha mencionado, aquélla no cuenta con el elemento esencial de la subordinación, característico y esencial de ésta. Así, de ninguna manera, se puede hablar de una coexistencia de una y otra forma de vinculación, dado

[11] A Corte Constitucional, Sentencia C-154 de 1997.

que las dos, por razones de su naturaleza, son excluyentes entre sí.

IV. SOBRE EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

La finalidad de la contratación estatal es asegurar el cumplimiento del fin social público, es por ello que se faculta a la administración para que por medio de la suscripción de contratos se pueda llevar a cabo el cumplimiento de las necesidades públicas. En consecuencia, el artículo 32 de la ley 80 de 1993 enlista algunos contratos como: i) Contrato de obra, ii) Contrato de consultoría, iii) Contrato de Prestación de servicios, iv) Contrato de concesión y v) Encargos fiduciarios y fiducia pública.

De los anteriores, se realizará un estudio del contrato de prestación de servicios, el cual el legislador lo ha definido como:

> *"Los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable." (Ley 80, 1993, art.32, numeral 3)*

Así mismo, el Consejo de Estado, como máximo órgano jurisdiccional de lo contencioso administrativo, tomando como base el concepto dado por el Doctor. José Luis Benavides lo define así:

> *"Instrumento de gestión utilizado por la administración pública para la ejecución de algunas de sus actividades o incluso para la prestación de algunos servicios públicos. Por ende, las características de la autonomía del contratista, especialidad de la gestión y excepcionalidad del contrato, son determinantes para la conformación de este negocio jurídico." (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Exp. AP-2004-00540, 2011)*

De la definición del contrato podemos determinar como elementos esenciales del mismo:

i) objeto de la obligación del contrato, ii) autonomía e independencia del contratista, y iii) temporalidad de la vigencia del contrato.

I) OBJETO CONTRACTUAL

La primera característica consiste en las actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, tales como:

> *"Servicios profesionales, trabajos artísticos, desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, apoyo a la gestión de la entidad; sólo procederá el contrato de prestación de servicios cuando no haya personal de planta suficiente o se requieran conocimientos especializados; en caso de que el objeto sea el apoyo a la gestión de la entidad, procederá cuando se tengan fines específicos o el personal de planta sea insuficiente; el término de duración será el estrictamente necesario; habrá lugar a contratación directa y no será necesario recibir varias ofertas." (Consejo de Estado, Sección Tercera, Exp. AP-2004-00369, 2007)*

La Corte Constitucional, en sentencia C-154 de 1997 ha mencionado al respecto lo siguiente:

> *"a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales.*
>
> *El objeto contractual lo conforma la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada. Podrá, por esta razón, el contrato de prestación de servicios tener también por objeto funciones administrativas en los términos que se establezcan por la ley, de acuerdo con el mandato constitucional contenido en el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, según el cual "...Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley."*

Sobre el objeto contractual, cabe resaltar los esfuerzos realizados por parte del juez contencioso administrativo para delimitarlo, sin embargo, estos no han sido suficientes; debido a que las entidades públicas han utilizado esta modalidad contractual para la contratación de "contratistas", quienes en algunos casos ejercen funciones relacionadas con las responsabilidades de la entidad pública, caso en el cual se debe crear un empleo público y se debe vincular mediante contrato laboral. Este tipo de actuaciones de las entidades estatales ha generado el desconocimiento de los derechos laborales de los

"contratistas", quienes posteriormente acuden a la jurisdicción laboral o constitucional para que le sean reconocidos la existencia de una relación laboral y los derechos derivados de la misma.

II) AUTONOMÍA E INDEPENDENCIA DEL CONTRATISTA

La Corte Constitucional en sentencia C-614 de 2009 resalta que la autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, es un elemento esencial de este contrato. Es decir, que el contratista dispone de amplio objeto contractual que debe desarrollarse dentro del plazo fijado de acuerdo a las estipulaciones acordadas.

Un aspecto que cabe resaltar, por motivo de que se genera una excepciona a la regla general de que los empleados públicos vinculados laboralmente a las entidades oficiales son los que se encargan de prestar la función pública, es en este aspecto que surge la contratación por medio del contrato de prestación de servicios, debido a que surgen casos en los cuales un tercero que no tiene un vínculo laboral con la entidad pública quien se encarga de prestar un servicio de apoyo en el desarrollo de las funciones de la entidad.

De acuerdo con la jurisprudencia de las altas cortes los casos en los cuales se puede emplear el contrato de prestación de servicios con el Estado son: i) para las tareas específicas diferentes a las permanentes de la entidad, ii) en los casos en los cuales la función administrativa no pueda ser realizada por las personas que se encuentre vinculadas laboralmente a la entidad contratante, iii) cuando se requiera de conocimientos especializados[12].

III) LA TEMPORALIDAD DE LA VIGENCIA DEL CONTRATO

Una característica principal de este contrato es la temporalidad, es decir, que el contrato tiene un tiempo limitado para la ejecución del objeto contractual. La Corte Constitucional en sentencia C- 154 de 1997 ha dicho sobre este elemento lo siguiente:

> *"La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual*

[12] Así mismo, la Corte Constitucional, en sentencia C-171 de 2012 estableció límites a la contratación estatal: "En cuanto a los límites fijados a la contratación estatal en pro de la defensa del derecho al trabajo, de los derechos de los servidores públicos y de los principios que informan la administración pública, la jurisprudencia constitucional ha establecido que los contratos de prestación de servicios son válidos constitucionalmente, siempre y cuando (a) no se trate de funciones propias y permanentes de la entidad; (b) no puedan ser realizadas por el personal de planta, y que (c) requieran de conocimientos especializados."

convenido. En el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente."

En consecuencia, surgen prohibiciones para las entidades públicas como; la vinculación a personas mediante contrato de prestación de servicios con la finalidad de que desempeñen funciones propias o permanentes de las entidades públicas.

La prohibición que se encuentra relacionada con la prestación de servicios en funciones de carácter propio de la entidad, está directamente relacionada con el objeto del contrato; de acuerdo a la ley 80 de 1993 este consiste en el adelantamiento de actividades relacionadas con el funcionamiento y administración de la entidad, de forma tal que no se trata de una suplencia de las competencias de la administración sino de labores que tienen una conexión o correspondencia con las mismas, es decir, que se le impide a la entidad pública la atribución de funciones administrativas mediante el empleo de este instrumento jurídico; a razón que este debe ser utilizado con la finalidad de la realización de labores de apoyo y colaboración en el cumplimiento de las funciones de la entidad estatal, el desarrollo de estas funciones no implica el ejercicio de las competencias administrativas atribuidas por el ordenamiento jurídico a la entidad. Así mismo, porque es una regla que se deriva de los artículos 25, 53, 122 y 125 de la Constitución Política.

La segunda prohibición se encuentra referida a las funciones que son de carácter permanente; para ello la Corte Constitucional, C- 171, 2012 ha establecido los criterios,

(a) funcional, (b) temporal o de habitualidad, (c) de excepcionalidad, y (d) de continuidad.

IV) PROCEDIMIENTO CONTRACTUAL- CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

La celebración de contrato estatal, mediante la modalidad de selección contratación directa da apertura a través de acto administrativo motivado que justifica el por qué del contrato a celebrar. La excepción a esta regla es el contrato

de prestación de servicios con persona natural o jurídica, la ley reconoce la facultad de la entidad pública de no expedir acto administrativo de apertura del proceso contractual[13].

En este orden de ideas el contrato de prestación de servicios empieza con un estudio previo que reconoce la necesidad de la entidad de obligarse con persona natural o jurídica, quien prestará servicios ejerciendo funciones temporales que exceden el movimiento ordinario de la entidad, adicionalmente estudiará los plazos, pólizas, licencias y el presupuesto necesario para efectuar el contrato. Una vez establecidos los estudios previos se procederá a elaborar el contrato que deberá estar en común acuerdo con los estudios previos, y consecuentemente a convocar al contratista para celebrar el contrato.

Consentido el contrato y debida notificación de las partes, se hará su publicación en el SECOP, medio que garantizará la publicidad del acuerdo (Decreto 1082, 2015).

V. REFORMA AL PROCEDIMIENTO DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

Como se explicó previamente, la naturaleza del contrato de prestación de servicios responde a la necesidad única de determinada entidad por ejercer actividades que exceden el giro ordinario de sus funciones. El inconveniente real y que ha generado una serie de decisiones judiciales que vician el normal comportamiento de este contrato se deriva en los errores de la administración, quien celebra contratos de prestación de servicios que por objeto pretenden contratar personal que ejerce funciones ordinarias bajo subordinación y al cuál no se le reconoce debidamente sus derechos laborales.

Ante el "inconveniente" de la primacía de la realidad en las relaciones del Estado y sus administrados, el legislativo ha generado una serie de "soluciones" reconociendo relaciones sui generis que garantizan parcialmente derechos

[13] Decreto 1082 de 2015, "Artículo 2.2.1.2.1.4.1. Acto administrativo de justificación de la contratación directa. La Entidad Estatal debe señalar en un acto administrativo la justificación para contratar bajo la moda¬lidad de contratación directa, el cual debe contener:
1. La causal que invoca para contratar directamente.
2. El objeto del contrato.
3. El presupuesto para la contratación y las condiciones que exigirá al contratista.
4. El lugar en el cual los interesados pueden consultar los estudios y documentos previos.

Este acto administrativo no es necesario cuando el contrato a celebrar es de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, y para los contratos de que tratan los literales (a) y (b) del artículo 2.2.1.2.1.4.3 del presente decreto." (Subrayado por fuera del texto).

propios de una relación laboral; el claro ejemplo de esta descripción es la regulación contemplada para los concejales en la ley 1551 de 2012, que obliga a la administración a reconocer el pago de la seguridad social a los concejales dando claridad en la inexistente relación laboral entre las partes.

Aun así y por las implicaciones que tiene el reconocimiento de un contrato realidad, se considera relevante diferenciar los contratos de prestación de servicios estableciendo características particulares en su procedimiento y perfeccionamiento, de otro tipo de contrato especial que regule relaciones laborales entre la administración y contratistas subordinados.

Siendo así se analizó un elemento que debe ser considerado en la etapa precontractual para celebrar el contrato de prestación de servicios con personas naturales, y responde a los criterios manifestados por la Corte Constitucional en su jurisprudencia.

El contrato de presentación de servicios profesionales celebrado por la administración pública es el mecanismo para contratar personas naturales o jurídicas para desarrollar funciones ocasionales que no tienen relación con el giro ordinario de actividad de la entidad contratante, es un negocio jurídico que pretende contratar personal idóneo que temporalmente ejecute funciones sobrevinientes, así el Decreto 1082 de 2015 del Departamento Nacional de Planeación, como mecanismo de contratación breve , establece la modalidad de selección "contratación directa" como el medio precontractual para perfeccionar este contrato, determina además, que en estos casos la administración no debe expedir motivación previa que sustente la necesidad de contratar, aun así, en sede judicial mediante sentencia C-154-1997 la Corte Constitucional determinó que las características que debe tener en cuenta la administración son:

> *"a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales. b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. c. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. Por último, no es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales y mucho menos con los elementos configurativos de la relación laboral."*

Es decir, de acuerdo con la Corte Constitucional, la administración pública al perfeccionar un contrato de prestación de servicios profesionales debe considerar todos los criterios que diferencian un contrato de naturaleza civil de uno laboral.

Es en este punto que la ley debe dar un giro obligando a la administración a motivar la celebración de contratos de prestación de servicios con personas naturales, considerando cada uno de los criterios que la corte ha determinado son esenciales en estos contratos.

La debida motivación se requiere como un mecanismo de carácter preventivo a la celebración de contratos que puedan constituir relación laboral y representa la obligación de la entidad, de Colombia Compra Eficiente y en general de la población colombiana de velar porque la motivación del contrato cumpla a cabalidad los criterios, participación que deberá darse desde la plataforma virtual para contratar en Colombia.

VI. CONTRATO ESTATAL-LABORAL

Así, la necesidad de las entidades que no está resuelta en el ordenamiento jurídico debe responder a criterios que garanticen los derechos laborales mínimos y que respondan a una eficiente administración del erario; es por esta razón que como parámetros mínimos de un posible contrato estatal que especifique la necesidad suscitada, encontramos: i. Versará sobre funciones ordinarias o extraordinarias de la entidad que requieran subordinación de personal para su ejercicio. ii. Establecerá un término fijo o estará ligado a la terminación de una obra o labor. iii. Deberá garantizar los mínimos de una relación laboral, seguridad social y prestaciones sociales más no reconocerán las garantías especiales de los servidores públicos[14].

i. Versará sobre funciones ordinarias o extraordinarias de la entidad que requieran subordinación de personal para su ejercicio.

El principal inconveniente que se encuentra al generar una nueva figura contractual que pueda delegar funciones del Estado a un particular es la regulación constitucional sobre la función pública (Const., 1991, art.122), que determina la necesidad de especificar las funciones a desempeñar en cabeza del servidor público. La respuesta inmediata a este interrogante

[14] Decreto Ley 3135 de 1968, "por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales".

es; que la figura propuesta está regulada bajo los preceptos de un contrato estatal, en este orden de ideas la parte natural del contrato no es un servidor público, es un contratista del Estado.

Esto no implica que las funciones del contratista no estén determinadas, al contrario desde la motivación que da apertura al contrato, el objeto contractual deberá ser determinado en todos sus aspectos y condiciones, pues será el contratista en el marco de la subordinación laboral el encargado de la ejecución del objeto contractual, en este orden de ideas es necesario un acto administrativo que motive la apertura de la etapa contractual regulando como mínimo el objeto del contrato y los elementos del contrato de trabajo que garanticen el eficiente ejercicio de la relación de subordinación.

ii. Establecerá un término fijo o estará ligado a la terminación de una obra o labor.

La especial naturaleza de la necesidad que motive el contrato estatal será el elemento determinante para celebrar este contrato, es así como la precisión sobre la temporalidad del contrato será un elemento esencial, esto implica que el objeto a contratar no debe ser permanente, y su ejecución se debe limitar por una condición cierta y futura.

De esta manera el contrato a celebrar entre el Estado y el contratista será un contrato estatal de naturaleza laboral, que establecerá por escrito su terminación a un término fijo o por razón de una obra o labor.

iii. Deberá garantizar los mínimos de una relación laboral, seguridad social y prestaciones sociales más no reconocerán las garantías especiales de los servidores públicos.

La figura contractual pretende generar un medio que evite contingencias judiciales post- contractuales que, a diferencia del contrato de prestación de servicios con personas naturales, que errónea y frecuentemente se celebra en la actualidad pretendiendo la ejecución de funciones bajo subordinación, reconozca la realidad sobre la formalidad, es decir, que ante todo reconozca que el contrato estatal a celebrar es a su vez un contrato de trabajo regulado bajo las normas y principios del derecho de trabajo, que la naturaleza temporal de las funciones que presta el contratista independientemente de si son ordinarias o no, tienen una terminación supeditada al cumplimiento de una obra, labor o un periodo determinado, situación que no constituye en el contratista un servidor público, pues este último no estaría ejecutando funciones permanentes de la entidad pública o al menos no lo estará haciendo de forma permanente.

VII. CONCLUSIÓN

A partir de lo expuesto en apartes anteriores, se observa cómo desde la década de los noventa se manifestaban las primeras señales de la malversación del contrato de prestación de servicios y sus efectos frente al desmedro en los derechos y garantías laborales de aparentes contratistas.

La necesidad de encajar en un contexto globalizado bajo el cumplimiento de exigencias internacionales, así como la proliferación de entidades estatales orientadas a satisfacer los diversos fines y deberes del Estado, trajo consigo, que en su afán de prestar servicios públicos y atender de manera exclusiva a las necesidades de los administrados, el Estado como principal garante de derechos, desconociera los principios fundamentales que cobijaban a quienes, al interior de su macro estructura, desempeñaban funciones en el marco de auténticos contratos de trabajo.

Si bien las Altas Cortes han coincidido en destacar que aun cuando se pacte una modalidad contractual distinta al contrato de trabajo, siempre que se verifique la concurrencia de los tres elementos que configuran dicha relación laboral, cualquier estipulación contraria a la realidad, carecerá de validez, en virtud del artículo 53 de la Constitución Nacional que consagra la prevalencia de la realidad sobre las formas en materia laboral.

Sin embargo, no deja de ser preocupante que la transgresión a derechos fundamentales provenga precisamente de las diferentes entidades que conforman la administración y que pese a los múltiples pronunciamientos de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia, la administración siga reincidiendo en la utilización del contrato de prestación de servicios como mecanismo para ocultar la existencia de contratos de trabajo.

Conviene plantearse entonces si debe crearse una nueva modalidad contractual que frene los abusos de la administración en materia de contratación o si por el contrario deben crearse más entidades que desempeñen funciones de fiscalización e impongan sanciones ejemplares a las entidades que insistan en esta práctica. Sea cual sea la solución más viable, esta problemática nos deja varios interrogantes frente a los deberes y obligaciones que la administración debe asumir no sólo como contratante sino como organismo dispuesto por mandato constitucional al servicio de la comunidad.

BIBLIOGRAFÍA

Congreso de Colombia. (28 de octubre de 1993) Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. [Ley 80 de 1993]

Congreso de Colombia. (26 de mayo de 2015) Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional. [Decreto 1082 de 2015]

Constitución política de Colombia. (1991)

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, (8 de junio de 2011) Exp. AP- 2004-00540. [C.P. Enrique Gil Botero]

Consejo de Estado, Sección Tercera, (17 de mayo de 2007) Exp. AP-2004-00369. [C.P. Ramiro Saavedra Becerra]

Corte Constitucional. (19 de marzo de 1997) Sentencia C-154. [M.P. Hernando Herrera Vergara]

Corte Constitucional, (02 de septiembre de 2009) Sentencia C-614. [M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub]

Corte Constitucional, (07 de marzo de 2012) Sentencia C-171. [M.P. Luis Ernesto Vargas Silva]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (18 de julio de 1985)

Díaz Vargas, J. (2011) El principio de la primacía de la realidad en las relaciones laborales de la administración pública. Recuperado de: https://app-vlex- com.ez.unisabana.edu.co/#CO/search/jurisdiction:CO+content_type:4/primacia+de+la+realidad+sobre+las+formas/CO/vid/426931498/graphical_version

Díaz Vargas, J. (2012) La primacía de la realidad frente a los contratos de prestación de servicios administrativos, avances jurisprudenciales. Recuperado de: https://app- vlexcom.ez.unisabana.edu.co/#CO/search/jurisdiction:CO+content_type:4/primacia+de+la+realidad/CO/vid/650520909/graphical_version

Corte Constitucional (16 de diciembre de 2016) Sentencia T- 723. [MP Aquiles Arrieta Gómez]

Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, (15 de junio de 2011) Exp. 1129-2010 [C.P. Gerardo Arenas Monsalve]

Respecto del asunto, Organización Internacional del Trabajo (OIT), recomendación sobre la relación de trabajo, 2006.

Bohórquez Yepes, Carlos A.; Roque L., Conrado Imitola. El Contrato de Prestación de Servicios de la Administración Pública. Universidad Católica de Colombia, 2009.

Bonos de carbono: un negocio ambiental

Sofía Culma Cifuentes
Eliana del Pilar Castillo Zarate
Oscar Felipe Merchán García

Resumen

No es indiferente para la comunidad internacional que nuestro planeta está atravesando una crisis ambiental de tal magnitud, que tomar conciencia de nuestras acciones como miembros de una sociedad, es solo parte de la solución; se deben adoptar medidas que permitan evitar y tratar al máximo las consecuencias que ya son visibles en nuestro planeta. El cuidado de la naturaleza, comprendiendo los bosques, páramos, fuentes hídricas y especies de nuestros países[1], se ha vuelto un reto primordial para los gobernantes de las naciones. Son varias las medidas que han sido debatidas a nivel internacional para solucionar el efecto del cambio climático; en especial las relacionadas a la reducción de los gases de efecto invernadero (GEI). El modelo de Bonos de Carbono, el cual pretendía ser una "solución" planteada por el Protocolo de Kyoto[2], ha generado gran controversia en relación a su efectividad frente a la problemática que debía tratar, aún cuando serios compromisos fueron

asumidos posteriormente con el Acuerdo de Paris. Esto, dio lugar a una pregunta esencial para combatir el cambio climático, que pone en duda la credibilidad de la figura y de la cual realizaremos un análisis jurídico y practico en el presente artículo: ¿El mecanismo de descontaminación limpia mediante Bonos de Carbono como sistema de compensación, es suficiente para la reducción de gases efecto invernadero?

Palabras clave: Economía medioambiental- Control de la polución- Adaptación al cambio climático- Tratados Internacionales- Bonos de Carbono- Mercados Verdes

Abstract

It is not indifferent to the international community, that our planet is going through an environmental crisis of such magnitude, that to be aware of our actions as member of a society is only part of the solution; measures should be taken to allow avoid and treat to the maximum the consequences that are already visible in our planet. The care of nature, understanding the forests, moors, water sources and species of our countries, has become a prime challenge for the rulers of nations. There are several measures that have been discussed at the international level regarding the effect of climate change, especially those related to the reduction of greenhouse gases (GHG).

The Carbon Credit Model, which purported to be a "solution" posed by the Kyoto Protocol, has generated great controversy over its legal and pragmatic application in front of the problems that it should address; even though serious commitments were subsequently assumed with the Paris agreement, an essential question arises respecting the combat of the climate change, which generates doubts regarding the credibility of the figure, and that we will deal with in by conduct a legal and practical analysis in this article: Is the clean decontamination mechanism using Carbon Bonds as a compensation system sufficient for greenhouse gas reduction?

Key words: Environmental economics- Pollution control- Climate change adaptation- International Instruments- Carbon Credits- Green Market

[1] "En el caso colombiano, hay un estimado de 56.343 especies sin considerar la enorme diversidad de microorganismos existentes" Alexander Von Humboldt, Biodiversidad colombiana: números para tener en cuenta. Pg. 45. Instituto de Investigación de Recursos Biológicos Bogotá. (2017).

[2] ONU, Hacia un acuerdo sobre el clima. Véase en: https://www.un.org/climatechange/es/hacia-un-acuerdo-sobreel-clima/index.html [Fecha de Consulta: 03 de febrero de 2018]

INTRODUCCIÓN

Siendo el medio ambiente un elemento esencial para el desarrollo de la humanidad y teniendo en cuenta la grave problemática de contaminación actual, es deber tanto de los Estados como de las personas adoptar medidas de protección ambiental. Una de las iniciativas que ha tenido auge en la comunidad internacional para la protección del medio ambiente son los Bonos de Carbonos, creados mediante La Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, establecida por medio de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo Sostenible, celebrada en 1992 en Rio de Janeiro en Brasil. Esta convención fue desarrollada junto con el Convenio sobre la Diversidad Biológica y la Convención de Lucha contra la desertificación. Los tres acuerdos se encuentran relacionados entre sí, pues el cambio climático tiene directa afectación sobre la perdida de especies animales y vegetales y las tierras secas y semiáridas en el mundo perderán vegetación y se deteriorarán[3]. La Convención está compuesta por 195 países, esta reconoce que es un documento marco, el cual puede ser enmendado o desarrollado a lo largo del tiempo para maximizar los esfuerzos frente al calentamiento atmosférico.

Políticamente, el Protocolo de Kyoto, en adelante PK, surgió por la preocupación que motivó a varios gobiernos a nivel mundial. Este protocolo tiene como objetivo establecer metas vinculantes; es decir, con fuerza de obligatoriedad para los Estados firmantes en la reducción de las emisiones de gases de carbono[4]; sin embargo, estas metas no son universales, sino que son particulares para los treinta y siete países pioneros de la industrialización y principales responsables de los elevados niveles de gases de efecto invernadero que hay actualmente en la atmósfera.[5]De esta forma, el protocolo desarrolla un principio de "responsabilidades comunes pero diferenciadas" teniendo en cuenta las características de los países miembros.

Por otro lado, el Acuerdo de París es el desarrollo actual a lo convenido en el Protocolo de Kyoto. Este instrumento tiene como objetivo principal realizar un plan de acción mundial que pone el límite del calentamiento global por debajo de 2 grados centígrados , todo esto, logrado mediante

[3]Ministerio de Ambiente, Colombia, sobre la Convención Marco de las Naciones Unidas para el Cambio Climático CMNUCC. Véase en: http://www.minambiente.gov.co/index.php/convencion-marco-de-nacionesunidas-para-el-cambio-climatico-cmnucc/convencion-marco-de-naciones-unidas#documentos [Fecha de Consulta: 16 de septiembre de 2017]

[4]Artículo 3, Protocolo de Kyoto. Véase en: https://unfccc.int/resource/docs/convkp/kpspan.pdf [Fecha de Consulta: 16 de septiembre de 2017] 5 Anexo 1, Protocolo de Kyoto.

[5]Articulo 2 (a), Acuerdo de Paris. Véase en: https://unfccc.int/files/meetings/paris _ nov _ 2015/application/pdf/paris _ agreement _ spanish _ . pdf [Fecha de Consulta: 03 de febrero de 2018]

un margen de apreciación que tienen los Estados, los cuales presentan sus planes generales nacionales de acción contra el cambio climático.[6] Los Estados están obligados a realizar contribuciones determinadas a nivel nacional al objetivo común, lo cual representa una progresión en virtud del principio de responsabilidad común pero diferenciada.[7] El acuerdo de Paris inicia su implementación en el año 2020, luego de la prórroga establecida al Protocolo de Kyoto.

El protocolo se proyectó con el fin de ser desarrollado en diferentes etapas, las cuales están comprendidas en primer lugar, desde el año 2008 hasta el año 2012, en la que los Estados Industrializados del Anexo I, debían cumplir sus primeras metas individuales y colectivas de reducción de gases por parte de las empresas y fábricas.[8] La segunda etapa de compromisos, fue acordado en la Conferencia de las Partes del acuerdo en Doha, Qatar en 2012, la cual se encuentra en vigencia durante ocho años hasta el 2020.[9]

Sin embargo, el Protocolo de Kyoto tiene varios adversarios importantes, que rechazaron la prórroga dada al instrumento internacional en el año 2012; entre ellos, Estados Unidos de América, país que firmó el acuerdo, pero su ratificación fue rechazada por el congreso estadounidense; por otro lado, Canadá que, en el año 2011, se negó al cumplimiento de las metas de reducción de emisiones.[10] Frente a estas negativas, las metas establecidas para la reducción de gases efecto invernadero en la Conferencia de las partes del acuerdo en Doha, se vieron afectadas, teniendo en cuenta que tanto Estados Unidos como Canadá son países altamente industrializados y sus emisiones de gases efecto invernadero representan un gran porcentaje dentro de las emisiones globalmente consideradas.[11]

Ahora bien, el mecanismo de acción que desarrolla el Protocolo de Kyoto, para lograr los objetivos de reducción, se encuentra establecido en el artículo 17, que de una manera amplia determina el modelo

Comisión Europea, política, Paris Agreement. Véase en:
https://ec.europa.eu/clima/policies/international/negotiations/paris _ es [Fecha de Consulta: 04 de febrero de 2018]

"La responsabilidad común pero diferenciada es un principio del derecho internacional ambiental que consiste en la obligación conjunta que tienen los Estados para desarrollar medidas que permitan retroceder los efectos del calentamiento global en virtud de la solidaridad mundial para conservar, proteger y restablecer la salud e integridad del ecosistema de la Tierra. En vista de que han contribuido en distinta medida a la degradación del medio ambiente mundial, los Estados tienen responsabilidades comunes, pero diferenciadas. Los países desarrollados reconocen la responsabilidad que les cabe en la búsqueda internacional del desarrollo sostenible, en vista de las presiones que sus sociedades ejercen en el medio ambiente mundial y de las tecnologías y los recursos financieros de que disponen." Precepto 7, Declaración de Río de 1992.

United Nations Framework Convention on Climate Change, resultados primer periodo Protocolo de Kyoto. Véase en https://unfccc.int/files/press/backgrounders/application/pdf/fact _ sheet _ the _ kyoto _ protocol.pdf [Fecha de Consulta: 10 de marzo de 2018]

Conferencia de la ONU sobre el Cambio Climático: La Puerta Climática de Doha. Doha, 8 de diciembre de 2012. Véase en: https://unfccc.int/files/parties _ and _ observers/application/pdf/pr20120812 _ cop18 _ close _ esp.pdf [Fecha de Consulta: 10 de marzo de 2018]

Canada Government, A climate change plan for the purposes of the Kyoto Protocol Implementation Act. 2012. Véase en:
http://www.ec.gc.ca/Publications/default.asp?lang=En&n=EE4F06AE-1&xml=EE4F06AE-13EF-453B-B633FCB3BAECEB4F&offset=3&toc=show [Fecha de Consulta: 16 de septiembre de 2017]

http://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-40126746

de Bonos de Carbono, estableciendo que: *"La Conferencia de las Partes determinará principios, modalidades, normas y directrices pertinentes relacionadas al comercio de derechos de emisión. Las Partes del Anexo B (países no desarrollados) podrán participar en operaciones de comercio de los derechos de emisión a los efectos de cumplir sus compromisos dimanantes del artículo 3".*[12] También, establece que los Bonos de Carbono deben ser suplementarios a las medidas nacionales que se adopten para cumplir los objetivos de reducción.

Este modelo ha sido desarrollado por varios estados, entre ellos Alemania, y con paso del tiempo ha tenido mayor popularidad en diversos países, los cuales han empezado a incursionar en el uso de esta medida dentro de su industria nacional, tal es el caso de Boyacá, Colombia.[13] Sin embargo, el modelo conforme con la investigación realizada y según organizaciones como Greenpeace, no ha resultado muy efectivo, ya que los Bonos de Carbono como mecanismo de descontaminación limpia no han tenido el efecto deseado de reducir la concentración de CO2 en la atmósfera, porque después de más de una década de proyecto (1997-2009), la reducción estimada de emisiones se ha desplomado en más de un 90%: de casi 55 millones a "más allá" 5.8 millones de toneladas métricas de CO2.[14] A 12 años de operación, no se ha establecido una cantidad fija y consistente, como tampoco ha permitido reducir o retardar la subida de la temperatura.

El presente ensayo investigativo, pretende establecer si hay verdadera eficacia del modelo de Bonos de Carbono para cumplir los objetivos de compensación y efectiva mitigación de la emisión de gases efecto invernadero consagrados en el Protocolo de Kyoto; para lo cual, en primer lugar, se desarrollará dentro del marco jurídico colombiano, el argumento que se origina en la presunta invalidez proveniente de comercializar la reducción de emisión de gases con efecto invernadero en favor de quienes son agentes contaminantes, por contravenir el derecho constitucional de un ambiente sano, posteriormente se analizarán los resultados que ha tenido este modelo en Alemania, toda vez que es un país industrializado representativo del mecanismo de descontaminación a tratar, teniendo en cuenta las implementaciones realizadas por la Unión Europea y las realizadas por el ordenamiento jurídico alemán, con la finalidad de determinar la efectividad de la figura en países considerados alta-

[12]Artículo 17. Protocolo de Kyoto.

[13]http://www.corpoboyaca.gov.co/noticias/colombia-vendera-bonos-de-carbono-de-los-paramos-a-paises-industrializados/ [Fecha de Consulta: 10 de marzo de 2018]

[14]Greenpeace, Informe: La estafa del carbono. Véase en: https://www.greenpeace.org/colombia/Global/colombia/informes/laestafadelcarbono1.pdf [Fecha de Consulta: 10 de marzo de 2018]

mente contaminantes, igualmente y en razón de lo anterior analizaremos el desarrollo e impacto que ha tenido la figura a nivel nacional y, por último, se pretenderá proponer diferentes medidas alternativas de protección ambiental que tienen un mayor impacto y mejores resultados para la reducción de gases de efecto invernadero.

En Colombia, ¿es legal promocionar la comercialización de bonos de carbono, cuando existe el derecho constitucional fundamental a un ambiente sano, consagrado en el artículo 79 de la Constitución Política?

El derecho a gozar de un ambiente sano, ha sido considerado como una condición previa para la realización de otros derechos humanos, incluidos el derecho a la vida y la salud; esta referencia se encuentra establecida en el derecho a la salud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.[15] Este derecho también ha sido reconocido en una amplia gama de instrumentos regionales de derechos humanos como el Protocolo de San Salvador,[16] y los mandamientos especiales de la ONU sobre los derechos humanos y el medio ambiente de 2012.[17] En Colombia, este derecho se encuentra plasmado en el artículo 79 de la Constitución Política[18], además, pronunciamientos de la Corte Constitucional han establecido que el ambiente sano y ecológicamente equilibrado, es un derecho constitucional fundamental, pues su violación atenta directamente contra la perpetuación de la especie humana y, en consecuencia con el derecho más fundamental del hombre: la vida.[19]

De esta forma, el medio ambiente tiene una protección tanto internacional como constitucional, y por tal motivo el Estado colombiano es responsable de tomar medidas con el fin de garantizar este derecho a presentes y futuras generaciones. La estricta relación y conexión que tiene el cuidado del medio ambiente

[15]Artículo 12, lit. b. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

[16]Artículo 11. Protocolo de San Salvador.

[17]Naciones Unidas, Relator Especial sobre los derechos humanos y el medio ambiente (ex Experto Independiente sobre los derechos humanos y el medio ambiente). Véase en:
http://www.ohchr.org/SP/Issues/Environment/SREnvironment/Pages/SRenvironmentIndex.aspx [Fecha de Consulta: 10 de marzo de 2018] [Fecha de Consulta: 10 de marzo de 2018]

[18]Artículo 79. Constitución Política de Colombia.

[19]Corte Constitucional Colombia. Sentencia No. T-536 de 1992.

[20]EL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO
COLOMBIANO: EVOLUCIÓN Y COMPARACIÓN EN EL RECONOCIMIENTO
DE SU CATEGORIA COMO DERECHO FUNDAMENTAL1 María Paola Blanco Cetina2
Universidad Católica de Colombia http://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/2656/1/articulo%20%20MPB%20%281%29.pdf

[21]Bovero (2005), p 219

con la protección del derecho a la vida, nos permite establecer que el derecho al medio ambiente debe tomar una categoría de derecho fundamental.[20]

Ahora bien, de acuerdo con la doctrina, los derechos que tienen categoría de fundamentales no son objeto de comercio, no se pueden comprar ni vender,[21] porque estos derechos subjetivos, corresponden universalmente a todos los seres humanos por estar dotados del status de personas, de ciudadanos o de sujetos de derecho.[22]

Por tal motivo, en nuestro concepto, el modelo de Bonos de Carbono no es una alternativa válida ni viable constitucionalmente para la conservación y preservación ambiental, ni mucho menos, puede ser considerado como un sistema de prevención y control de los factores de deterioro del ambiente sano; pues este modelo establece en la praxis, la comercialización del derecho a contaminar el ambiente por parte de agentes industrializados por el desarrollo económico. Entonces, es posible comprar en el mercado los certificados de reducción de los gases de efecto invernadero, que detentan los agentes no contaminantes en vías de desarrollo o cuyos niveles de contaminación de ambiente son muy reducidos, en favor de aquellos otros pertenecientes a países desarrollados que, por el contrario, continúan violentando la sanidad y equilibrio de los ecosistemas naturales, vulnerando de esta manera, derechos fundamentales como la protección del ambiente sano en conexidad con la salud y la vida. Este modelo desconoce abiertamente la obligación del Estado colombiano de preservar y proteger la sanidad del medio ambiente, al igual que se encuentra en abierta contradicción con los derechos fundamentales a los cuales se ha hecho referencia, reconocidos internacionalmente.

Siguiendo este análisis constitucional, pretendemos igualmente demostrar la ineficacia práctica del modelo de Bonos de Carbono teniendo en cuenta como ejemplo, el sistema alemán; y en la misma línea conductora, haremos un análisis de la presunta futura eficacia que este modelo tiene en el caso colombiano, teniendo en cuenta la iniciativa de su desarrollo surgida en el Departamento de Boyacá.

DESARROLLO DE DERECHO COMPARADO: BONOS DE CARBONO EN ALEMANIA

Dado que el protocolo de Kyoto no regula de manera explícita cómo debe desarrollarse el mercado de Bonos de carbono al interior de los Estados y entre los mismos, estos han optado por llevar a cabo el comercio de dichos instrumentos

[22]Contreras Sebastián. Ferrajoli y los derechos fundamentales. Universidad de los Andes, p 124.

de manera diferente. Al estudiar el sistema alemán de compraventa de Bonos de Carbono, se percibe con claridad que su posición contractual frente al comercio de Bonos, es mayoritariamente de comprador o adquirente de los mismos.

Para analizar el sistema alemán, observamos que Alemania hace parte de la Unión Europea; por lo tanto, su regulación inicial parte de las disposiciones generales del protocolo de Kyoto y por la regulación de los países que conforman la European Union Emission Trading Scheme, asociación conformada en razón del PK, que se encarga de regular algunos aspectos del régimen de comercio de Bonos de Carbono dentro de la Unión Europea.

El sistema de comercio de emisiones de la Unión Europea (European Union Emission Trading Scheme, o EU ETS, por sus siglas en inglés) es un sistema de permisos de emisión creado en el año 2005 con el objeto de ganar experiencia para los países europeos y prepararlos para cumplir con sus compromisos cuantitativos de reducción de emisiones, asumidos en el marco del Protocolo de Kyoto. Este sistema constituye la pieza fundamental de la política climática de la Unión Europea de cara al Protocolo e incluso más allá de él, pues el esquema promete seguir en vigencia posterior al año 2012.

El mercado de carbono europeo es el más importante a nivel mundial, claramente porque la mayoría de sus países son industrializados y se encuentran dentro del Anexo I del Protocolo; además porque determina, en gran medida, la demanda y los precios en el resto de los mercados. "Los permisos de emisión otorgados en el marco de este esquema son llamados "EUAs" (European Union Allowances). El EU ETS regula las emisiones de más de 11.000 centrales energéticas y grandes instalaciones industriales pertenecientes a unas 5.000 empresas, que explican alrededor del 40% de las emisiones totales de la región."[23]

Los gobiernos de los Estados miembros debieron presentar a la Comisión Europea de Planes Nacionales de Asignación (NAPs, por sus siglas en inglés), documentos que especifican el listado de instalaciones que estarían comprendidas en el esquema junto con sus topes absolutos de emisiones. El reparto de permisos entre países fue realizado en función de sus emisiones históricas. Este criterio ha favorecido especialmente a Alemania, quien recibió casi un cuarto de los permisos totales.

Teniendo en cuenta el caso de Alemania, cabe resaltar que el encargado de la comercialización y manejo del mercado

[23]Finanzas Carbono. (2006). El mercado de carbono europeo (EU ETS). 22 de marzo de 2017, de Plataforma sobre financiamiento climático para Latinoamérica y el caribe Véase en: http://finanzascarbono.org/mercados/acerca/comercio-emisiones/ets/ [Fecha de Consulta: 20 de noviembre de 2017]

de Bonos de Carbono es el KFW Bank Group, considerado como el banco de promoción de la República Federal Alemana que cuenta con el Fondo de Carbono KF. El KFW Bank Group se instituyó bajo el marco del Protocolo de Kyoto, el Acuerdo de Marrakech, el European Emissions Trading System y la Ley alemana sobre el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero (GHG). Sus objetivos son:

1. Función de desarrollo de proyectos

2. Desarrollo de un instrumento a condiciones financieras

3. Adquisición de certificados de reducción de emisiones de CO2

En el mercado alemán de Bonos de Carbono "El KFW Bank Group, actúa como comprador en nombre propio (Contratos de compra venta y por cuenta de las empresas o instituciones participantes (Contratos de agencia con participantes) para la adquisición de Acuerdos de Compra de Reducción de Emisiones."[24] Para llevar a cabo esto cada uno de los contratos debe contar con características específicas impuestas por el KFW Bank Group.

Alemania cuenta con uno de los mercados de Bonos de carbono más organizado de todo el mundo, sin embargo, de acuerdo con varios estudios realizados por el Banco Mundial, este modelo no le ha servido para lograr con las metas vinculantes de reducción de gases de efecto invernadero; pues, según cifras del mismo, las emisiones de CO2 en 2015 por parte de Alemania han sido de 777.905 kilo toneladas[25], lo cual posiciona a Alemania entre los diez países más contaminantes, ya que su cantidad de emisiones de dióxido de carbono se encuentran en el ranking de países por emisiones de CO2, formado por 186 países, en el que se ordenan los países de menos a más contaminantes.

El mercado de Bonos de Carbono ha sido uno de los grandes avances del mundo en su lucha contra la contaminación, especialmente contra el calentamiento global; una idea sencilla y en la teoría, una idea eficaz; que ha surgido como mecanismo para el desarrollo sostenible de las naciones. En contraste, en la práctica este modelo no es muy eficiente, pues ha despertado polémica en cuanto a su aplicación, ya que ha obligado a las grandes empresas a actualizar sus procesos de producción y tecnologías, guiándolas hacia una producción más limpia y amigable con

[24]Oficina comercial de Prochile en Berlín. (2012). Estudio de Mercado Bonos de Carbono. 22 de marzo de 2017, de ProChile Sitio web: http://www.prochile.gob.cl/wpcontent/files _ mf/documento _ 11 _ 21 _ 12125626.pdf [Fecha de Consulta: 20 de noviembre de 2017]

[25]Grupo Banco Mundial. (2017). CO2 emissions (metric tons per capita). 14 de septiembre de 2017, de Banco Mundial Sitio web: https://datos.bancomundial.org/pais/germany [Fecha de Consulta: 20 de noviembre de 2017]

el planeta; no obstante, según lo evidencian las cifras, no ha sido el mecanismo más idóneo para combatir la emisión de CO2. Lo anterior, en virtud de ciertos elementos que no se tuvieron en cuenta a la hora de implementar el sistema de comercio internacional de derechos de emisión de gases efecto invernadero.

Una de las principales razones por la que el mercado de Bonos de Carbono no ha funcionado en países como Alemania, independientemente de las herramientas creadas para el fortalecimiento y desarrollo adecuado del mercado, es que, en general, la compraventa de Bonos de Carbono es un sistema difícil de auditar y controlar, las empresas no se responsabilizan con su tarea en el mercado y no hay responsabilidad respecto a la certificación de las emisiones de CO2, lo cual imposibilita al Estado la buena regulación del mercado en miras a la disminución de emisiones o compensación de las mismas.

Por otra parte, el sistema de compraventa de Bonos de Carbono no tiene en cuenta otras fluctuaciones como la crisis económica; las empresas llegan a obtener más ganancias pagando por el acceso a más Bonos de Carbono que les den el derecho a contaminar que transformando e invirtiendo en sus fábricas, para hacer su producción más limpia y amigable con el planeta. Asimismo, el mercado ha excluido a "sectores minoritarios" porque no los considera importantes, pero, se olvida que sectores como la ganadería, generan el equivalente al 18% de las emisiones de CO2 en el mundo anualmente.[26] Incluso el ciudadano de a pie genera dos toneladas de CO2 al año[27], cifras pequeñas pero que, multiplicadas por los 7442 miles de millones de habitantes del mundo, generan las cifras resultantes del fracaso de los Bonos de Carbono como mecanismo de descontaminación ambiental.

En definitiva, mientras a las grandes empresas no se les concientice socialmente, se les imponga sanciones económicas por las infracciones contaminantes y se incluya los pequeños sectores, el mercado de Bonos de Carbono o certificados de reducción de emisión de gases de efecto invernadero no va a servir como ha pasado hasta el momento; por tanto, se debe recordar, como lo establece el mismo Protocolo de Kyoto, que el modelo de bonos de carbono es un mecanismo suplementario, y que por sí solo, no será efectivo para lograr los objetivos a los cuales se comprometieron los Estados miembros.

Ahora bien, teniendo en cuenta que Colombia no hace parte del Anexo I del

[26]Juan Esplandiú. (29 de noviembre de 2011). La ONU recuerda que las vacas emiten más gases de efecto invernadero que el transporte. Libertad digital, sociedad, 2.

[27]Organización de estados iberoamericanos. (20141). Cada persona emite dos toneladas de CO2 al año por alimentarse. Divulgación y Cultura Científica Iberoamericana, 1.

Protocolo de Kyoto, no es obligatoria la implementación de un mercado de Bonos de Carbono, ya que, sus obligaciones son diferentes a las de los países industrializados y sus medidas gubernamentales deben centrarse más bien, en la protección y preservación de los recursos naturales y ecosistemas, pues uno de sus objetivos primordiales, es el aumento de áreas de protección ambiental; sin embargo, por iniciativa propia, Colombia pretende implementar gubernamentalmente a través de varias organizaciones el mecanismo de descontaminación limpia de Bonos de Carbono. Por lo anterior, a continuación se hará un análisis sobre la eficacia de esta medida en nuestro país.

El proceso de implementación de los Bonos de Carbono en Colombia

De conformidad con los puntos anteriores y con referencia a los índices de contaminación expuestos, el Estado colombiano ha sido considerado como un país receptor, es decir, que no es un país que genere altos niveles de contaminación en períodos prolongados dentro del sector industrializado. La consecuencia directa de esta clasificación es que los parámetros determinados por el Protocolo de Kyoto, deben tomarse como meros principios instructivos para fomentar la regulación legislativa interna de la figura, dentro de los países miembro; por tal razón, países en vías de desarrollo como Colombia, tienen prácticamente camino libre para generar políticas públicas sostenibles.

En principio, pareciera que nuestro país, no pudiera generar altos niveles de contaminación, por considerar que el impacto ambiental de los gases efecto invernadero es un porcentaje menor dentro de la escala global, pero, si se mira con detenimiento las cifras, estas no son tan alentadoras. El 41% del total de las emisiones que se generan en el país, corresponden a 8 de las 32 ciudades capitales de los respectivos departamentos, causadas por el uso de combustibles fósiles que generan material particulado que se concentra en la capa atmosférica[28]. Bogotá, Sabana de Bogotá, Barranquilla, Cali, Medellín y su área metropolitana, Bucaramanga, Pereira y el corredor industrial del Valle del Sogamoso son las ciudades y partes más contaminantes, que siendo sectores centrales dentro de las regiones, compro-

[28]EL TIEMPO, EL COLOMBIANO. De acuerdo con la secretaria de medio ambiente de Bogotá. http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-129184 [Fecha de Consulta: 15 de octubre de 2017]
[29]Organización Mundial de la Salud, 2004.
[30]World Health Organization. Country profiles of environmental burden of disease. [On line] Retrieved from: http://www.who.int/quantifying _ ehimpacts/national/countryprofile/en/index.html;2009 * Valor ajustado para Colombia (World Bank, 2012). [Fecha de consulta: 17 de agosto de 2017]
[31]Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, Diagnóstico Nacional de Salud Ambiental. Colombia, diciembre de 2012.

meten la mayor parte de recursos hídricos y reservas naturales.

Ya a nivel internacional, comparando los niveles de calidad de aire en Colombia respecto de países de América Latina y el Caribe, se puede observar que todos, a excepción de Venezuela, exceden el valor guía de la OMS (20 pico gramo por metro cúbico).[29] Colombia, se encuentra ubicado en el puesto N° 13 de 20 dentro del ranking de contaminación aérea dentro de América Latina, con una emisión anual de 42 pico gramo por metro cúbico, lo que a fecha de 2011 generó una tasa de defunciones por deficiencias respiratorias relacionadas con contaminación aérea y AVAD (Indicador de salud por epidemiología) del 0,4%, ubicando a Colombia en el ranking por defunciones en el 5to puesto de 20[30].

El potencial incremento del sector industrial, de la mano de la creciente inversión extranjera para la explotación de recursos naturales y materias primas, deja entrever que, en relación con la densidad demográfica y los niveles de concentración de partículas contaminantes, existe un alto número de defunciones que se relaciona con la calidad del aire, razón por la cual se decidieron tomar medidas para intentar dar con una solución eficaz[31].

De esta necesidad, surgió la figura de REDD+ dentro del Ministerio de Ambiente, con la finalidad de dar pronta solución a las consecuencias de la contaminación en el país, mediante la creación de mercados voluntarios de iniciativa público privada que prevengan y controlen por mercado bursátil, los rubros de emisión.

Para poder entender más a fondo las medidas estudiadas, es importante resolver los siguientes interrogantes, que a continuación se plantean:

¿Qué Son las Acciones de Implementación Temprana?

Son proyectos o iniciativas gubernamentales o no gubernamentales, que buscan llevar a la práctica acciones piloto para reducir las emisiones de deforestación y degradación en áreas determinadas, así como la conservación de stocks de carbono, el manejo forestal sostenible y el aumento de las reservas de carbono. Asimismo, buscan fortalecer las capacidades, proporcionar información o generar alternativas productivas.

Este conjunto de acciones debe estar articulado con los objetivos y las acciones para la preparación de la Estrategia Nacional REDD+, y se pueden desarrollar como parte del mercado de carbono (regulado o voluntario) o como iniciativa independientemente del mercado. Dado que cada país deberá reducir sus emisiones de GEI en un nivel que se pactará en un futuro, el mercado regulado, plantea que, si genera una reducción mayor, se pueda vender ese "exceso" y así, otros países, personas,

empresas, organizaciones o gobiernos puedan comprarlo. De esta manera, pueden asumir sus compromisos de mitigación del cambio climático, "compensando" sus emisiones que han comprado, generalmente, en países en desarrollo.[32]

¿Cómo Funcionan los Proyectos de Mercado Voluntario?

Los proyectos del mercado voluntario deben cumplir una serie de condiciones que permitan verificar que las emisiones reducidas y compensadas son legítimas; por ello, se han desarrollado algunas certificaciones, que sirven como garantía de la veracidad e integridad de los proyectos. Adicionalmente, los proyectos deben cumplir con las normas nacionales e internacionales de derechos de las comunidades, sus territorios y conservación de los recursos naturales y se deben desarrollar bajo condiciones de negociación justas.

Los mercados voluntarios se estructuran bajo mecanismos de certificación, que garantizan que el proyecto realmente está disminuyendo emisiones; esto implica la presencia de agencias certificadoras que analizan los productos entregados por los operadores del proyecto, los cuales pueden ser ONG, privados o la misma comunidad. Cuando la certificadora aprueba el proyecto mediante la emisión de bonos de carbono, estos pueden ser comercializados en mercados internacionales a los cuales tienen acceso los compradores que están interesados en la disminución de sus emisiones. Una vez realizada la transacción de carbono el comprador habrá disminuido sus emisiones.

¿Qué es el Mercado de Carbono?

Uno de los mecanismos que se han definido para la reducción de los Gases Efecto Invernadero (GEI) es el mercado de carbono. En este mercado, la "moneda" de canje es el CO2 equivalente, ya que es el GEI más abundante en la atmósfera y facilita los procesos de conteo. Mercado de carbono se refiere a la compra y venta de créditos que representan la captura o emisión evitada de una tonelada métrica (t) de dióxido de carbono equivalente (tCO2e).

¿Cuáles son los Mercados de Carbono que Existen?

Actualmente existen dos mercados principales para el carbono en proyectos

[32]World Resources Institute, The Bottom Line on.; answers to frequently asked questions about climate and energy policy. August 2010. Véase en: http://www.wri.org/sites/default/files/pdf/bottom _ line _ offsets.pdf [Fecha de Consulta: 20 de noviembre de 2017]

que se realicen en los países en desarrollo. El primero es el mercado regulado, enmarcado en reglas internacionales definidas en el Protocolo de Kyoto, que aún no se ha desarrollado para proyectos REDD+. El segundo es el mercado voluntario, que no se encuentra regulado e incluye una amplia variedad de relaciones comerciales y estándares voluntarios para los proyectos.

Medidas Alternativas

Como lo establece el artículo 17 del Protocolo de Kyoto, el modelo de Bonos de Carbono es un ***mecanismo suplementario*** a medidas principales en las cuales los gobiernos deben enfocarse, teniendo en cuenta las características específicas de los territorios nacionales.

Por otro lado, el modelo de Bonos de Carbono no es eficaz para lograr reducir los niveles de contaminación en el planeta, pues este no considera otros agentes contaminantes como los ciudadanos individualmente considerados y las pequeñas industrias informales y/o formales, las cuales no tienen la capacidad económica suficiente para entrar en este negocio. También es un modelo de difícil control y auditoria por parte de algún organismo estatal y es difícil de implementar, pues las empresas industrializadas seguirán contaminando, ya que el impacto ambiental presuntamente se considera mitigado, con la adquisición onerosa de los certificados de reducción de GEI cuyos titulares son los agentes en vías de desarrollo, lo cual lo convierte en un mecanismo inseguro para lograr los objetivos de reducción de gases.

En palabras de Gabriel Quadri, Director de Sistemas Integrales de Gestión Ambiental (SIGEA), el mercado de bonos de carbono presenta ventajas y desventajas. Por un lado, el mercado de bonos de carbono ha permitido a países en vías de desarrollo generar tecnologías más limpias, que no podrían costear de otra manera, como la producción de energía eólica o la construcción de rellenos sanitarios; panorama esperanzador, pero el riesgo es mucho mayor, pues en contraste, en primer lugar, el sistema de reducción de emisiones no funciona a escala global; ya que lo que se deja de emitir en una región, se emite en otra que adquiere ese derecho y, por otro lado, son ineficaces debido a su alta regulación, su discrecionalidad y la falta de certidumbre financiera para los inversionistas. Además, sin una responsabilidad conjunta con países altamente contaminantes como Estados Unidos, China o Canadá quienes son escépticos a la firma del acuerdo no es muy fructífera esta medida.[33]

33Wuillen Fedro Carlos, Revista Pensamiento Libre. Mecanismos de Desarrollo Limpio. Véase en: http://www.revistapensamientolibre.com/single-post/2013/01/01/Mecanismos-de-Desarrollo-Limpio [Fecha de Consulta: 09 de noviembre de 2017]

Sin embargo, existen medidas alternas y soluciones reales y posibles que benefician a todo el planeta. Por un lado, la inversión en nuevas tecnologías como el sistema agro-alimentario tanto en zonas rurales y urbanas que permiten una reducción de desechos de ganadería y agricultura, una de las actividades más contaminantes, de acuerdo con los últimos estudios.

Por otro lado, es primordial implementar una buena educación ambiental como política gubernamental, que nos permita como ciudadanos reflexionar a conciencia sobre la preocupante situación actual de contaminación del planeta en que vivimos, y que conlleve para todos individualmente, adoptar medidas preventivas y correctivas contra la escasez de recursos naturales, la extinción gradual de la flora y la fauna, la aceleración de los cambios climáticos, y en especial, evitar un mayor deterioro del medio ambiente. Así mismo promover e incentivar proyectos ecológicos sostenibles para los pequeños, medianos y grandes empresarios industriales en medio de la cultura de protección y conservación ambiental, a través, por ejemplo, del reciclaje y la reutilización de recursos. Por otro lado, la educación y concertación de medidas adoptadas para el agro mediante la labor pedagógica con campesinos y evitar la plantación de especies en áreas de protección ambiental o en zonas inadecuadas donde se afectarían los ecosistemas, con el fin de proteger las fuentes hídricas y evitar el desecho de residuos en océanos y mares.

Conforme a lo expuesto, el mercado de bonos de carbono, está lejos de ser prioritariamente una medida de protección y mucho menos de preservación ambiental; pues representa un instrumento que tal vez pueda mitigar en alguna forma, la desaceleración del evidente deterioro ambiental ocasionado por la contaminación de la atmósfera terrestre. Sin embargo, si lo que se pretende implementar es una solución eficaz a largo plazo y duradera, se debe empezar por generar programas y proyectos que promuevan Mecanismos de Desarrollo Limpio (MDL), como la reducción en el uso de energías sucias e impulsar la producción energías limpias como la eólica, solar, hídrica etc. Por tanto, es necesaria la inversión estatal para impulsar el crecimiento de estos proyectos y permitir una implementación de estas energías en las empresas industriales y fábricas. Principalmente, el esfuerzo de nuestros países debe ir enfocado a modificar conductas y comportamientos humanos mediante el incentivo de programas de educación ambiental y responsabilidad social tanto de ciudadanos como de empresas y compañías, con el fin de lograr la supervivencia sostenible de nosotros como especie y del planeta en general.

CONCLUSIONES

Los Bonos de Carbono, como mecanismo de descontaminación implementados por el Protocolo de Kyoto,

es insuficiente para controlar y reducir la emisión de gases de efecto invernadero (GEI) en el mundo, teniendo en cuenta el escepticismo de varios países industrializados, como EU y Canadá en su eficacia y desaprobando su adherencia a los compromisos internacionales surgidos de su aceptación, para los países que si son miembros del mismo, como Colombia. Sin embargo, ha de valorarse el esfuerzo internacional por incursionar en la creación de un mercado de derechos constitucionales con el fin de ayudar a desacelerar el deterioro del medio ambiente.

Actualmente se reconoce la necesidad de proteger jurídicamente los recursos naturales, lo que ha representado un avance en general para la protección del ambiente sano y sostenible. ¿Hasta qué punto las políticas gubernamentales que pretenden un acelerado desarrollo económico industrial del país pueden llegar a sacrificar el compromiso del Estado en la implementación de proyectos efectivos y eficientes de protección ambiental, que realmente involucren la responsabilidad social de todos los sectores de la economía nacional, tanto formales como informales, en el compromiso de preservación del medio ambiente y los ecosistemas naturales?

De lo expuesto anteriormente, se evidencia que el mecanismo suplementario de los Bonos de Carbono implementado mediante el PK, ha llegado a convertir el derecho constitucional fundamental a gozar de un ambiente sano, en un negocio comercial; al posibilitar la coexistencia del derecho a contaminar. Lo anterior, al considerar posible y eventualmente rentable que las certificaciones por reducción de emisión de GEI, puedan ser comercializadas a favor de agentes industriales que priorizan contaminar el medio ambiente antes que implementar eficientemente, Mecanismos de Desarrollo Limpio, los cuales proyectan óptimos resultados a mediano y largo plazo en la protección de los ecosistemas naturales.

Mitigar el des-aceleramiento del deterioro ambiental, que concluimos es el objetivo final del mercado de carbono, no puede ser considerado como una medida de protección y conservación ecológica. Las estadísticas expuestas, nos dan a conocer que la implementación de los bonos de carbono, es insuficiente y paliativa, pues no ha logrado evidenciar una reducción considerable en la emisión de gases de efecto invernadero, ni mucho menos, ha conseguido concientizar a las empresas de sectores industriales, y a empresarios informales, que incorporen en sus programas económicos la adopción de mecanismo de producción amigable con el medio ambiente.

En la declaración final de la Primera Conferencia Mundial de los Pueblos sobre Cambio Climático de Derechos de la Madre Tierra "Acuerdo de los Pueblos", establece que todos como humanidad tenemos una "Deuda Climática" la cual es una obligación de resarcimiento que se genera a partir

del daño causado a la Madre Tierra por la emisión irracional de gases efecto invernadero. Los principales responsables de estas emisiones irracionales son los países llamados "desarrollados" donde habita tan solo el 20% de la población mundial, y quiénes emitieron el 75% de las emisiones históricas de gases de efecto invernadero". Un acuerdo justo de reducción de gases de efecto invernadero habrá de tener en cuenta esta deuda climática.

El cambio climático es un hecho notorio, real y perceptible. Es necesaria la promoción de una educación ambiental y responsabilidad social para combatirlo, porque el planeta necesita que lo preservemos, como nosotros necesitamos de él para existir.

BIBLIOGRAFÍA

Asamblea General de Naciones Unidas, resolución 2200 A(XXI) Artículo 12, lit. b. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 16 de diciembre de 1996.

Bovero Michelangelo, Democracia y derechos fundamentales, (2005), p 219.

Canada Government, A climate change plan for the purposes of the Kyoto Protocol Implementation Act, 2012. Véase en:

http://www.ec.gc.ca/Publications/default.asp?lang=En&n=EE4F06AE-1&xml=EE-4F06AE13EF-453B-B633-FCB-3BAECEB4F&offset=3&toc=show [Fecha de Consulta: 16 de septiembre de 2017]

Conferencia de la ONU sobre el Cambio Climático: La Puerta Climática de Doha. Doha, 8 de diciembre de 2012. Véase en:

https://unfccc.int/files/parties_and_observers/application/pdf/pr20120812_cop18_close_esp.p df [Fecha de Consulta: 10 de marzo de 2018]

Constitución Política de Colombia, Artículo 79 (1991).

Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, Anexo 1, Protocolo de Kyoto.

Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, Articulo 2 (a), Acuerdo de Paris. Paris, 30 de Noviembre a 11 de diciembre de 2015, Véase en: https://unfccc.int/files/meetings/paris_nov_2015/application/pdf/paris_agreement_spanish_.p df [Fecha de Consulta: 03 de febrero de 2018]

Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, Artículo 3 y Articulo 17, Protocolo de Kyoto. Véase en: https://unfccc.int/resource/docs/convkp/kpspan.pdf [Fecha de Consulta: 16 de septiembre de 2017]

Comisión Europea, Política, Paris Agreement. Véase en:

https://ec.europa.eu/clima/policies/international/negotiations/paris_es [Fecha de Consulta: 04 de febrero de 2018]

Corte Constitucional Colombia. Sentencia No. T-536 de 1992. Ref.: 2610 Magistrado Ponente: Dr. Simon Rodriguez Rodriguez.

EL TIEMPO, EL COLOMBIANO. De acuerdo a la secretaria de medio ambiente de Bogotá.

http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-129184 [Fecha de Consulta: 15 de octubre de 2017]

Finanzas Carbono. (2006). El mercado de carbono europeo (EU ETS). 22 de marzo de 2017, de Plataforma sobre financiamiento climático para Latinoamérica y el caribe. Véase en:

http://finanzascarbono.org/mercados/acerca/comercio-emisiones/ets/ [Fecha de Consulta: 20 de noviembre de 2017]

Greenpeace, Informe: La estafa del carbono. Véase en: https://www.greenpeace.org/colombia/Global/colombia/informes/laestafadelcarbono1.pdf [Fecha de Consulta: 10 de marzo de 2018]

Grupo Banco Mundial. (2017). CO2 emissions (metric tons per capita). 14 de septiembre de

2017, de Banco Mundial Sitio web: https://datos.bancomundial.org/pais/germany [Fecha de Consulta: 20 de noviembre de 2017]

Guillen Fedro, Carlos, Revista Pensamiento Libre. Mecanismos de Desarrollo Limpio. Véase en: http://www.revistapensamientolibre.com/single-post/2013/01/01/Mecanismos-deDesarrollo-Limpio [Fecha de Consulta: 09 de noviembre de 2017]

Instituto de Investigación de Recursos Biológicos Alexander Von Humboldt, Biodiversidad colombiana: números para tener en cuenta. Bogotá, septiembre 11 de 2017. ONU, Hacia un acuerdo sobre el clima.

Juan Esplendí. (29 de noviembre de 2011). La ONU recuerda que las vacas

emiten más gases de efecto invernadero que el transporte. Libertad digital, sociedad, 2.

Ministerio de Ambiente, Colombia, sobre la Convención Marco de las Naciones Unidas para el Cambio Climático CMNUCC. Véase en: http://www.minambiente.gov.co/index.php/convencion-marco-de-naciones-unidas-para-elcambio-climatico-cmnucc/convencion-marco-de-naciones-unidas#-documentos [Fecha de Consulta: 16 de septiembre de 2017]

Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, Diagnóstico Nacional de Salud Ambiental. Colombia, diciembre de 2012.

Naciones Unidas, Relator Especial sobre los derechos humanos y el medio ambiente (ex Experto Independiente sobre los derechos humanos y el medio ambiente). Véase en:

http://www.ohchr.org/SP/Issues/Environment/SREnvironment/Pages/SRenvironmentIndex.as px. [Fecha de Consulta: 10 de marzo de 2018]

Oficina comercial de Prochile en Berlín. (2012). Estudio de Mercado de Bonos de Carbono.

22 de marzo de 2017, de Prochile Sitio web: http://www.prochile.gob.cl/wp-content/files_mf/documento_11_21_12125626.pdf [Fecha de Consulta: 20 de noviembre de 2017]

Organización de estados iberoamericanos. (2014-1). Cada persona emite dos toneladas de CO2 al año por alimentarse. Divulgación y Cultura Científica Iberoamericana, 1.

Primera Conferencia Mundial de los Pueblos sobre Cambio Climático de Derechos de la Madre Tierra "Acuerdo de los Pueblos", declaración final.

http://www.oei.es/historico/decada/accion.php?accion=13 [Fecha de Consulta: 09 de noviembre de 2017]

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Artículo 11. "Protocolo de San Salvador".

United Nations Framework Convention on Climate Change, resultados primer periodo Protocolo de Kyoto. Véase en:

https://unfccc.int/files/press/backgrounders/application/pdf/fact_sheet_the_kyoto_protocol.pd f [Fecha de Consulta: 10 de marzo de 2018]

World Health Organization. Country profiles of environmental burden of disease.

[On line] Retrieved from: http://www.who.int/quantifying_ehimpacts/national/countryprofile/en/index.html;2009a Valor ajustado para Colombia (World Bank, 2012). [Fecha de consulta: 17 de agosto de 2017]

World Resources Institute, The Bottom Line on.; answers to frequently asked questions about climate and energy policy. August 2010. Véase en:

http://www.wri.org/sites/default/files/pdf/bottom_line_offsets.pdf [Fecha de Consulta: 20 de noviembre de 2017]

CHÍA, PROBLEMÁTICA DE UN MUNICIPIO EN CRECIMIENTO

HABITACIONAL, DESARROLLO URBANÍSTICO Y SOLUCIONES CON RESPECTO DEL POT

MUNICIPIO DE CHÍA, DESARROLLO URBANÍSTICO CON PLANEACIÓN INSUFICIENTE

Kelvin Martin Potosi Lopez
Luis Felipe Reyes Calderón
Laura Fernanda Merchán Henao
Dra. Ana María García Rubio*

*Asesor de investigación - Directora Semillero Civil Bienes

Resumen

El Plan de Ordenamiento Territorial (POT) es un conjunto de normas y directrices que posibilitan un desarrollo ordenado y sostenible en un determinado municipio o distrito. Sin embargo, no en todos los casos se cumple con este propósito, llegando incluso a ser contrario al óptimo desarrollo físico del territorio. A partir del análisis de una serie de factores como el crecimiento histórico, la población y las licencias que son expedidas, se pueden evidenciar los fallos que se presentan en el POT del municipio de Chía. En el presente artículo, se pretende exponer cómo, ante la realidad de un crecimiento desorganizado, se hace necesaria una gestión adecuada para poder consumar el objetivo de la política de ocupación del territorio, elemento muy importante para el desarrollo del municipio. Se formulan también, dos posibles soluciones que no son excluyentes, siendo la primera, una propuesta a corto y mediano plazo; como lo es un control sobre la cantidad desbordada de licencias que son expedidas, mientras que la segunda, está enfocada en ofrecer medidas que a largo plazo eviten la problemática expuesta. Lo anterior, mediante la posible implementación de órganos que ejerzan un control posterior a las construcciones llevadas a cabo dentro del municipio.

Palabras clave: Zona urbana, área rural, investigación aplicada, planificación urbana, aumento demográfico, planificación del desarrollo.

Abstract

The Territorial Ordering Plan (POT) is a set of rules and guidelines that enable an orderly and sustainable development in a given municipality or district, but not in all cases is met with this purpose, even being contrary to the optimal physical development of the territory. From the analysis of a series of factors such as the historical growth, the population and the licenses that are issued, it can be evidenced the failures that appear in the POT of the municipality of Chia. In this article we try to show how, in the face of the reality of a disorganized growth, an adequate management is necessary to be able to fulfill the objective of the occupation policy of the territory, very important element for the development of the municipality. There are two possible solutions as well, that are not exclusive. The first being a proposal in the short and medium term, as it is a control over the overflow of licenses that are issued; while the second is focused on offering long-term measures to avoid the problems exposed, this through the possible creation of entities that exert a posterior control to the constructions carried out within the municipality.

Key words: Urban area, rural area, Applied research, urban planning, population increase, development planning.

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Ante la expansión irregular del Municipio de Chía, por la expedición excesiva de licencias urbanísticas, ¿qué medidas correctivas podría implementar el gobierno municipal, para evitar las consecuencias de un crecimiento municipal desorganizado?

Ante la expansión irregular del Municipio de Chía, por la expedición excesiva de licencias urbanísticas, ¿qué medidas correctivas podría implementar el gobierno municipal, para evitar las consecuencias de un crecimiento municipal desorganizado?

3. DESARROLLO

El presente ensayo tiene por objeto hacer un estudio y análisis del Plan de Ordenamiento Territorial del municipio de Chía, teniendo en cuenta su ubicación geográfica, la evolución histórica del crecimiento urbano del municipio; a partir de estadísticas y gráficos que contemplan el número de licencias de construcción concedidas, la población censada y la ocupación del territorio; y finalmente, la presentación del estudio en el impacto que ocasionan las falencias del sistema de planeación en el municipio de Chía. Trabajo investigativo, que finalmente tiene por objeto servir de precedente en un estudio de sistemas de planeación en derecho comparado, con el fin de formular una propuesta de solución pertinente y viable a la problemática presentada y que a continuación, se procede a exponer.

MUNICIPIO DE CHÍA

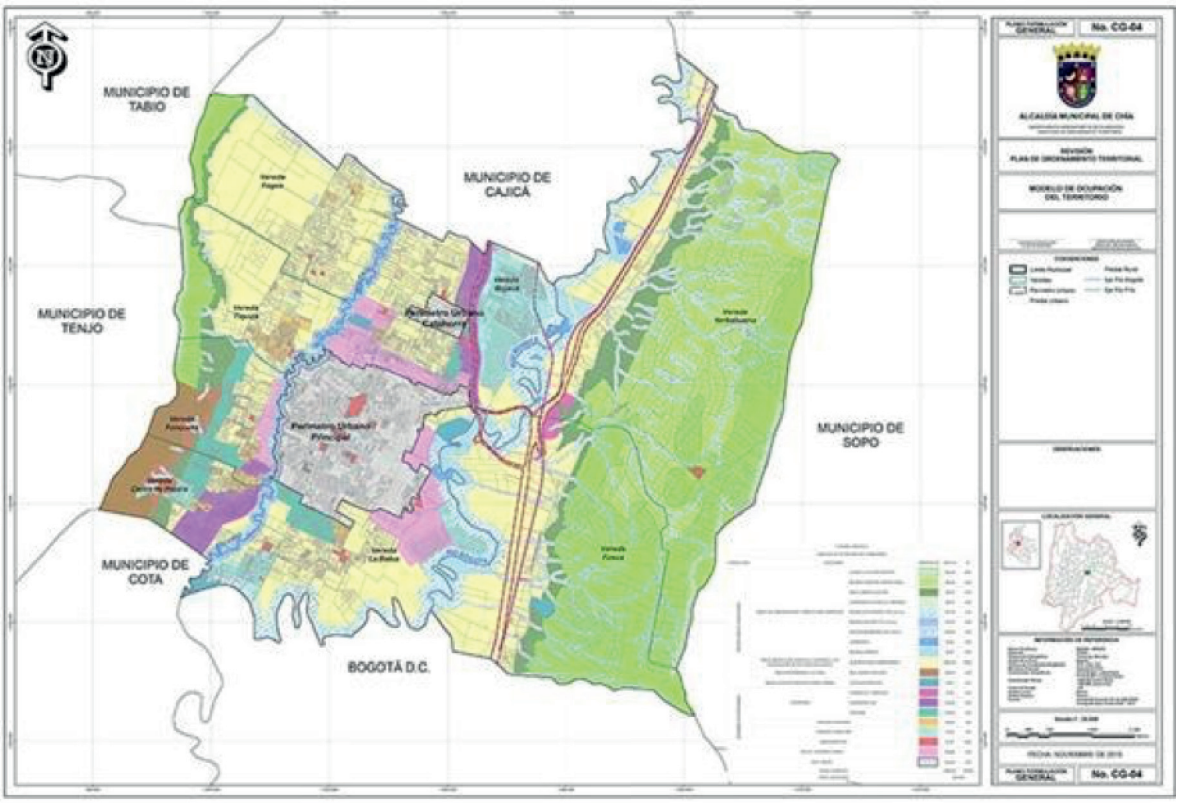
Chía es un municipio ubicado estratégicamente debido a que su territorio integra tanto recursos naturales como hídricos (Río Bogotá y Río Frío), y de planimetría (62,4% tierras planas); además cuenta con recursos históricos, crecimiento económico y poblacional, desarrollándose dentro de él industrias, empresas, institutos educativos y establecimientos de comercio reconocidos a nivel nacional e internacional.

Respecto al modelo de ocupación del territorio, la categoría con una mayor extensión es la correspondiente a las áreas de conservación y protección ambiental, abarcando un 48% del municipio; estas áreas se ven representadas en humedales, reservas hídricas y reservas forestales. Esta es seguida por las áreas de producción agrícola, ganadería y explotación de recursos naturales, las cuales representan un 28,3% del municipio. Lo cual demuestra que, a pesar de un alt o porcentaje de explotación de recursos, es superior la cantidad de territorio destinado a la protección ambiental.

El desarrollo restringido del municipio se divide en zonas suburbanas, centros poblados y vivienda campestre, representando un 8,75%. Por otro lado, las áreas urbanas y de expansión urbana ocupan 930 hectáreas del municipio. Este porcen-

taje es bajo en comparación a las demás áreas, sin embargo, teniendo en cuenta las condiciones ambientales y la posibilidad de explotar recursos ganaderos, es una destinación razonable que permitirá una adecuada ordenación territorial en sus aspectos físicos, económicos y sociales.

Finalmente, se puede afirmar que Chía tiene previsto expandir su perímetro urbano principal hacia los alrededores de las zonas más pobladas, permitiendo que a medida que el municipio crezca, el territorio que en un futuro se va a ocupar sea el de las zonas de explotación ganadera y no las áreas de protección ambiental.



Fuente: Cartografía general proporcionado por la alcaldía de Chía en Marzo de 2017.

3.2 EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL MUNICIPIO DE CHÍA

Este análisis trata la evolución histórica del municipio de Chía, respecto de las construcciones que se han realizado a lo largo del tiempo, lo cual dará cuenta de la forma cómo el municipio ha ocupado sus espacios; estudiando a su vez las reglas creadas con el fin de una adecuada distribución territorial. Es necesario tener en cuenta que el crecimiento poblacional del territorio es la guía para el diseño del POT.

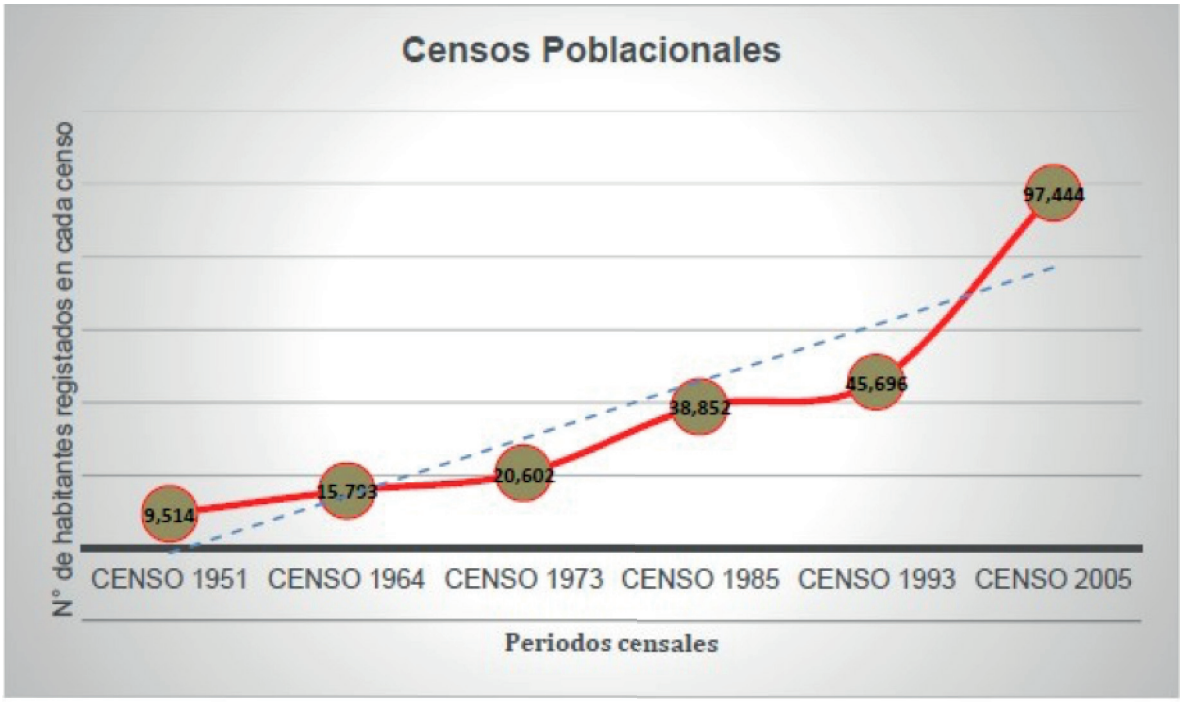


Gráfico 1. Censos Poblacionales. Fuente DANE - Censos

Fuente: Departamento administrativo de Planeación. (2015). Caracterización Demográfica del Municipio de Chía. 10/03/2018, de Alcaldía del Municipio de Chía Sitio web: http://chiacundinamarca.gov.co/planeacion/AnalisisdemografiaChia2015.pdf.

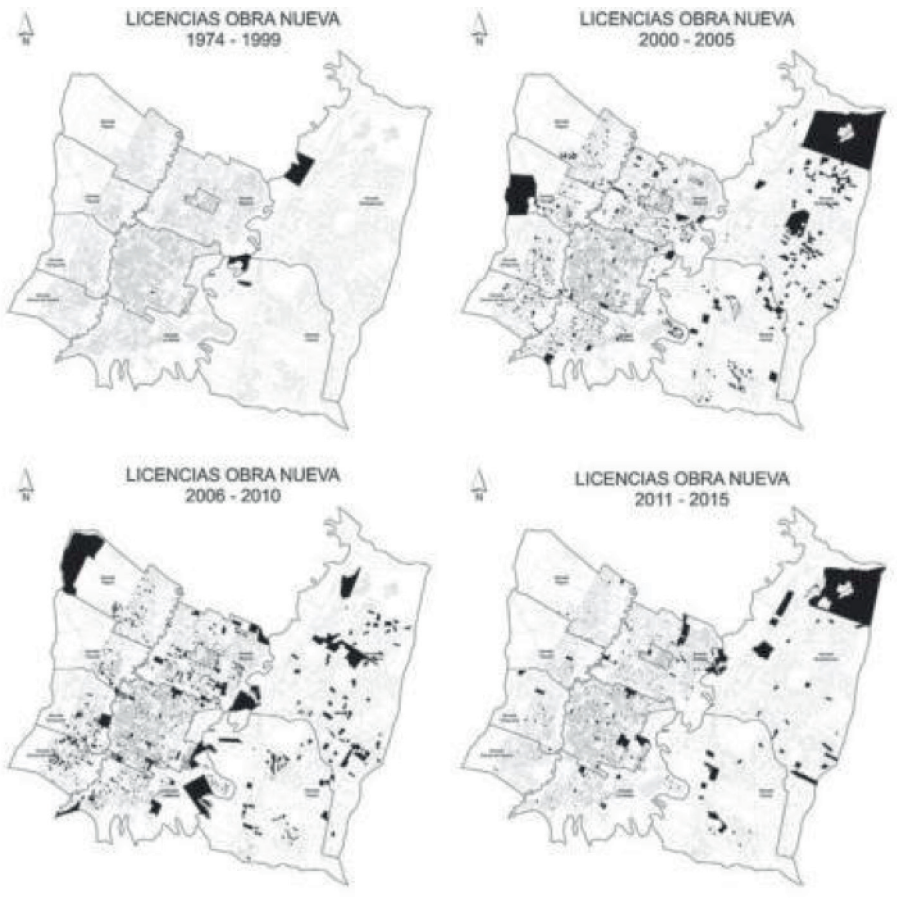
La primera observación que surge de la interpretación del gráfico es el crecimiento exponencial de la población en el municipio desde el año 1993 hasta el censo practicado en 2005: la expansión fue de tal magnitud que se dobló el número de habitantes censados en 1993. Chía recibe un gran número de migrantes de la Sabana, en razón de su localización estratégica y su cercanía con el Distrito Capital. Según el análisis demográfico de Chía, la población certificada para el año 2015 es de 126.647 habitantes, mostrando un crecimiento anual del 2,59% respecto de los 97.896 de 2005. El crecimiento poblacional también ha arrojado la estadística del crecimiento de las distintas áreas del municipio a través del tiempo:

Censos Poblacionales	Total	Urbana	Rural	Periodo (años)	Tasa de Crecimiento Bruto entre periodos intercensales
Censo 1951	9,514	2,698	6,816		
Censo 1964	15,793	5,655	10,138	1951 - 1964	66,00%
Censo 1973	20,602	9,355	11,247	1964 - 1973	30,45%
Censo 1985	38,852	24,709	14,143	1973 - 1985	88,58%
Censo 1993	45,696	41,632	4,064	1985 - 1993	17,62%
Censo 2005	97,907	73,852	24,055	1993 - 2005	113,24%

Fuente: DANE-Censos. Construcción de Contreras, Y. (2017). Estado de la vivienda y el espacio público en el municipio de Chía. Bogotá, Colombia. Universidad Nacional de Colombia.

Esta tabla consolida el proceso de urbanización que se presenta en el municipio históricamente, en virtud de los datos contenidos en la tabla se puede inferir que se ha presentado una especie de éxodo de la zona rural a la zona urbana. Lo cual condiciona el Plan de Ordenamiento Territorial a proveer una organización adecuada del crecimiento exponencial del cual ha sido objeto el municipio de Chía.

Ahora bien, resulta importante analizar la construcción de vivienda en este municipio, lo cual nos permitirá determinar los lineamientos establecidos en el POT para el desarrollo territorial del mismo.



Fuente: Contreras, Y. (2017). Estado de la vivienda y el espacio público en el municipio de Chía. Bogotá, Colombia. Universidad Nacional de Colombia.

Los gráficos denotan que el proceso de urbanización se ha extendido a lo largo de todo el territorio que comprende el municipio de Chía. La tabla que se mostrará a continuación: llegando a lugares que eran considerados rurales, lo cual evidencia que la urbanización crece exponencialmente abarcando la extensión de los territorios municipales, 480.638 m2 han sido licenciados para construcción habitacional siendo el conjunto de licencias con mayor metraje aprobado a lo largo del tiempo; pues triplica las licencias con destino agropecuario de la actividad agrícola y agropecuaria provenían los recursos del mismo.

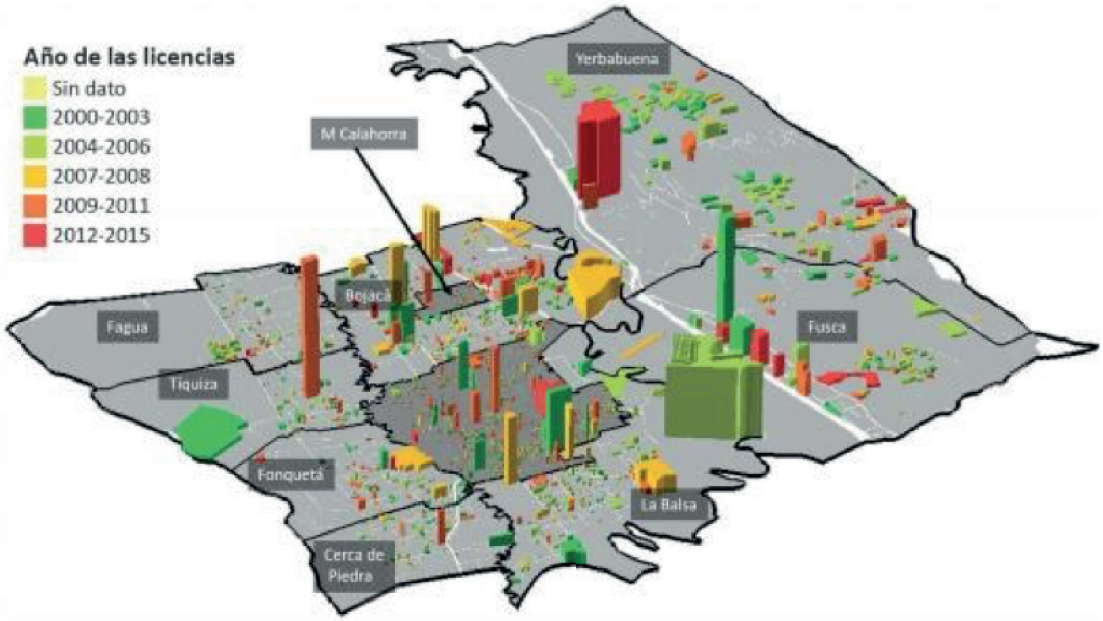
Destino catastral	No de predios licenciados	Área de construcción predios licenciados (m²)
Agropecuario	584	165.603
Comercial	35	20.127
Cultural	6	12.405
Educativo	34	25.127
Habitacional	2.568	480.658
Industrial	1	446
Institucionales	11	16.298
Lote no urbanizable	2	-
Lote urbanizable	216	31.984
Lote urbanizado no construido	18	758
Recreacional	146	52.404
Religioso	349	49.641
Servicios especiales	1	-
Uso público	21	589

Fuente: Construcción de Contreras, Y. (2017). Estado de la vivienda y el espacio público en el municipio de Chía. Bogotá, Colombia. Universidad Nacional de Colombia.

En un análisis del Instituto de Estudios Urbanos, denominado "El problema de la política pública de vivienda en Chía" , se encuentra esta gráfica que contiene una representación de las licencias habitacionales concedidas en el municipio, creada a partir de la información proporcionada por el Departamento de Planeación Municipal, en razón de la cual se puede identificar el exponencial crecimiento a nivel habitacional que abarca al municipio en su totalidad. La única vereda que se mantiene casi intacta es la de Fagua, que se conserva como un territorio en el cual se desarrollan actividades agrícolas y agropecuarias.

Este crecimiento se debe, en gran medida, a la alta demanda de los predios del municipio de Chía que por su ambiente amable y pacífico, además de su cercanía con la ciudad de Bogotá es considerado

[1]Contreras, Y. (2017). Estado de la vivienda y el espacio público en el municipio de Chía. Bogotá, Colombia. Universidad Nacional de Colombia. Pág 111



Fuente: Construcción de Contreras, Y. (2017). Estado de la vivienda y el espacio público en el municipio de Chía. Bogotá, Colombia. Universidad Nacional de Colombia.

como un lugar estratégico para la construcción.

3.3 PLAN DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL DE CHÍA

Para exponer la problemática que se deriva del Acuerdo 100 de 2016, que comprende el Plan de Ordenamiento Territorial del Municipio de Chía, es necesario hacer un análisis del marco estratégico del POT y su visión para encontrar los lineamientos que lo orientan.

Así pues, los principios rectores del Acuerdo 100 de 2016, materializan la función social de la propiedad, la prevalencia del bien general sobre el particular, y el derecho a la vivienda, acceso y disfrute de espacios públicos óptimos; que orientan la planificación territorial para hacer un uso racional del suelo teniendo en cuenta la importancia del componente ambiental del municipio.

Once políticas guían el desarrollo de este POT, siendo las más importantes: (i) la Política de Integración Regional, que pretende proteger los sistemas ambientales

regionales, consolidar una sólida infraestructura vial capaz de facilitar el desarrollo de actividades económicas encaminadas a favorecer la competitividad regional; (ii) la Política de Ocupación del Territorio, que pretende a su vez que cada licencia urbanística otorgada esté encaminada a elevar el nivel de vida de la población, procurando conservar la biodiversidad, ecosistemas y paisajes; (iii) la Política de Desarrollo Económico, que busca propiciar un aumento en la oferta de trabajo para la población, lo cual derivará en el mejoramiento de la calidad de vida; (iv) la Política de Espacio Público, que busca reducir la segregación y exclusión a través de la creación de escenarios para el encuentro ciudadano; (v) la Política de Equipamientos, que pretende mantener y proveer equipamientos respecto de fines como el mejoramiento de los componentes social, cultural, recreación y deporte del municipio; (vi) la Política de Movilidad, que es un pilar fundamental de la planeación del municipio, en virtud de la cual se facilitarán los desplazamientos tanto de personas como de bienes y servicios, con el fin de favorecer la competitividad regional; (vii) la Política de Gestión Administrativa, que está encaminada a fortalecer los órganos municipales para cumplir a cabalidad el Plan de Ordenamiento Territorial; (viii) la Política de Patrimonio Urbanístico y cultural, que está encaminada a reforzar la identidad cultural mediante la protección del patrimonio histórico del municipio, y finalmente, (ix) la Política de Gestión financiera, la cual pretende la utilización adecuada de los recursos del municipio para dar cumplimiento del POT.

Se infiere a partir de la "visión" que plantea el Acuerdo 100 de 2016 del municipio de Chía, que dichas políticas están dirigidas a consolidar al municipio para el 2030, como un territorio educador, turístico y cultural, basado en un desarrollo competitivo, sustentable y sostenible, buscando la generación de espacios verdes y condiciones ambientales óptimas para su desarrollo, expresado en los mejores niveles de calidad de vida para sus habitantes, desde lo ambiental, Chía será impulsor de políticas de preservación, reforestación y recuperación de áreas protegidas, en miras de recuperar la estructura ecológica principal.

3.4 PROBLEMÁTICA DEL MUNICIPIO

IMPACTO DEL CRECIMIENTO HABITACIONAL EN EL MUNICIPIO DE CHÍA

El impacto del crecimiento habitacional en Chía ha generado diversas problemáticas, pero para los efectos de este escrito se hará énfasis en lo atañe a las licencias urbanísticas expedidas en Chía, tomando como referencia los planteamientos y datos aportados por la autora Contreras Ortiz (2017) en su estudio sobre el estado de la vivienda y del espacio público en el municipio.

El municipio de Chía ha experimentado un boom demográfico por la inmigración de las personas que, buscando una mejoría en su calidad de vida, se desplazan a este

tipo de municipios atraídas por sus ventajas que pueden ofrecer este tipo de municipios frente a las ciudades como Bogotá. Y tal desbordamiento de la población, debe originar un nuevo modelo territorial.

En cuanto a las licencias de vivienda expedidas en Chía, se trata pues, de una dinámica inmobiliaria muy singular teniendo en cuenta que el municipio es concebido como dormitorio de la ciudad de Bogotá, debido a que se ha presentado un éxodo de habitantes de esta ciudad a los municipios aledaños en búsqueda de una mejor calidad de vida, pero manteniendo lazos estrechos con el Distrito Capital tales como relaciones laborales y educativas, entre otras ventajas que la ciudad puede ofrecer.

El municipio de Chía, como se ha expuesto anteriormente, se encuentra ubicado en la Sabana de Bogotá, una zona geográfica en vía de desarrollo económico lo que ha propiciado un crecimiento inmobiliario sólido frente a otros municipios. Sin embargo, este crecimiento inmobiliario ha sido descuidado, puesto que no se tuvo en cuenta el impacto que tendría sobre la infraestructura vial la magnitud de la movilización de las personas al interior del municipio. Por otra parte, el municipio tampoco consideró relevante la capacidad que tiene Chía para proveer servicios públicos domiciliarios al momento de otorgar licencias urbanísticas, situación que debería mejorarse conforme al aumento de la población.

Es posible concluir, como hecho notorio, que las ventajas que ofrece Chía se están viendo rezagadas debido al crecimiento habitacional desaforado, teniendo en cuenta que la infraestructura urbana municipal es deficiente para la población y sus futuros habitantes.

4. SOLUCIÓN

En otros apartados de este ensayo se analizó la problemática del Plan de Ordenamiento territorial del municipio de Chía, Cundinamarca. Esta parte final del escrito tiene por objeto presentar una solución que surge como una propuesta de carácter académico. Y que parte del cuestionamiento de por qué hasta la fecha no se ha implementado la figura del curador urbano en el municipio como control previo especializado para la concesión de las licencias urbanísticas; y consecuencialmente, presentar una posible solución que implicaría el fortalecimiento de las instituciones de planeación actuales y el establecimiento de un control posterior. Lo anterior estudiando sistemas de planeación de otros Estados que son considerados efectivos y proponiendo una aplicación de estos al sistema colombiano.

4.1. Expedición de licencias urbanísticas por parte de la curaduría o entidad respectiva.

La subdirección de planeación de la alcaldía es la entidad actual que tiene como función principal impulsar estratégicamente

el desarrollo de programas y proyectos enfocados en la formación y cambio del municipio de manera ordenada y progresiva, en campos poblacionales, sectoriales, urbanísticos y ambientales, además de conceder licencias de construcción.

Sin embargo, y conforme a un documento elaborado por CAMACOL, gremio que representa los intereses del sector constructor colombiano, se estableció que *"La creación de las curadurías urbanas como mecanismo de verificación del cumplimiento de las normas urbanísticas por medio del otorgamiento de las licencias respectivas, responde a las necesidades de la administración de descongestionar y mejorar la planeación urbana local, permitiendo que las autoridades tradicionales cumplan su función eminente de desarrollo y planeación local, bajo un esquema de ejercicio coordinado y coherente de las funciones públicas de planificación".*[3]

Esta institución que faculta a un particular de ciertas calidades especiales a ejercer funciones públicas es resultado de la necesidad de descongestionar los despachos administrativos de planeación de cada municipio o distrito, para optimizar y especializar el trámite de la expedición de licencias, e incentivar el desarrollo de la economía.

En el Concepto 1624 del 3 de febrero de 2005, el Consejo de Estado acerca de la naturaleza jurídica del curador expuso que *"Los curadores cumplen una función pública que se rige por los principios de la función administrativa de que trata el artículo 209 Superior, y que sus actos, relacionados con el otorgamiento de licencias de urbanización y de construcción, son actos administrativos sometidos a las disposiciones del Código Contencioso Administrativo, en lo no previsto en normas especiales.*[2]"

El Decreto 2150 de 1995 en su artículo 49 contempla que "los municipios y distritos con población superior a 100.000 habitantes deberán encargar la expedición de las licencias de urbanización y construcción a curadores urbanos". Sin embargo, la entidad encargada en la actualidad de las licencias urbanísticas es la Subdirección de Planeación de la Alcaldía Municipal de Chía. Según el análisis que se encuentra en el Diagnóstico del Municipio, Plan de Desarrollo 2016-2019[4][5] reali-

[2]CAMACOL. (2009/04/14). LICENCIAS Y CURADURÍAS URBANAS de CAMACOL Sitio web: https://www.camacol.co/sites/default/files/secciones _ internas/COBO20090414021952.pdf.. Consultada el 10/03/2018

[3]CONCEPTO 1624 (CONSEJO DE ESTADO 2005 de FEBRERO de 03).

[4]Departamento Administrativo de Planeación. (2016). Diagnóstico Municipio de Chía. Plan de Desarrollo 2016 - 2019. Consultado el 2/05/2018, de Alcaldía Municipal Sitio web: http://chia-cundinamarca.gov.co/PDM2016/Diagn%C3%B3stico%20PDM%202016%202019%20Ch%C3%ADa%202705

[5].pdf qué pasó aquí?

zado durante el gobierno del alcalde Leonardo Donoso, la población del municipio "proyectada y certificada para el municipio al año 2015 es de 126.647 habitantes, con un comportamiento creciente del 2,59% sobre los 97.896 habitantes censados en el año 2005." Partiendo de las dos premisas anteriores, Chía debería contar actualmente con la implementación de las curadurías urbanas, y posiblemente, esta sería una solución viable para poder prevenir la expedición de licencias urbanísticas con mayor rigor, organización y especialidad; ya que la concesión indiscriminada de dichos permisos, está afectando ostensiblemente la calidad de vida de sus habitantes y el medio ambiente en el cual se vive.

4.2. Trámite y naturaleza de las licencias

El curador urbano según el Colegio de Curadores Urbanos es *"un particular que ejerce la función pública de estudiar, tramitar y expedir licencias urbanísticas a petición del interesado en adelantar esos proyectos."*[6] En consecuencia es necesario explicar cuál es la naturaleza jurídica de la licencia urbanística, la cual se define como *"el acto administrativo de carácter particular y concreto, expedido por el curador urbano o la autoridad municipal o distrital competente, por medio del cual se autoriza específicamente a adelantar obras de urbanización y parcelación de predios, de construcción, ampliación, modificación, adecuación, reforzamiento estructural, restauración, reconstrucción, cerramiento y demolición de edificaciones, de intervención y ocupación del espacio público, y realizar el loteo o subdivisión de predios."*[7]

4.3. Crecimiento desorganizado

Sin embargo, el curador urbano no tiene como función, ejercer un control posterior de la licencia que expide, esta conclusión en virtud del artículo 61 del Decreto 2150 de 1995 que reza *"Corresponde a los alcaldes distritales o municipales directamente o por conducto de sus agentes, ejercer la vigilancia y control, durante la ejecución de las obras, con el fin de asegurar el cumplimiento de la licencia de urbanismo o de construcción y de las demás normas y especificaciones técnicas contenidas en el plan de ordenamiento físico, sin perjuicio de las facultades atribuidas a los funcionarios del Ministerio Público y de las veedurías en defensa tanto del orden jurídico, del ambiente y del patri-*

[6] COLEGIO DE CURADORES URBANOS. (2018). ABC DEL CURADOR URBANO de COLEGIO DE CURADORES URBANOS Sitio web: http://www.curadoresurbanos.org/abc-del-curador-urbano/ Consultada el 10/03/2018.

[7] CURADURÍA URBANA 2. (2018). DEFINICIÓN Y CLASES DE LICENCIAS URBANÍSTICAS. 10/03/2018, de CURADURÍA URBANA 2 Sitio web: http://curaduria2bogota.com.co/servicios/licencias/definicion-y-clases-de-licenciasurbanisticas/. Consultada el 10/03/2018

monio y espacios públicos, como de los intereses de la sociedad en general y los intereses colectivos". Lo cual implica que el control posterior, solo depende de la denuncia que realice algún ciudadano cuando la construcción al cabo del tiempo presenta falencias evidentes; pues no existe comprobación eficaz alguna del impacto que genera la obra construida tan pronto sea terminada. En el municipio de Chía, es evidente que se presenta el fenómeno en la expedición indiscriminada de licencias urbanísticas, con relación a la insuficiente capacidad de la malla vial, o la capacidad real de las empresas para proveer los servicios públicos domiciliarios a los proyectos inmobiliarios, al momento de estudiar juiciosamente la viabilidad de la construcción. Chía actualmente está colapsada vial y ambientalmente, situación atribuible a la falta de especialidad en la planeación y la errónea ejecución de la misma plasmada en el POT, durante el proceso de tramitación y expedición de licencias.

4.4. Solución a mediano plazo

Resulta entonces necesaria, la implementación a mediano plazo de una propuesta que tenga como finalidad el crecimiento organizado para mejorar la calidad de vida de los habitantes del municipio. La solución que se plantea desde el estudio académico de la problemática presentada, requiere voluntad política para su implementación.

Se trata de crear un control posterior, efectivo y eficiente en la expedición de las licencias urbanísticas, en cabeza de un órgano colegiado y especializado de gobierno municipal, cuyo ejercicio no dependa únicamente de la denuncia en el tiempo por la presunta violación de normas urbanísticas, sino que sea un requisito de procedibilidad para realizar formalmente la entrega material de los nuevos proyectos inmobiliarios a la copropiedad que se conforma, por la preventa de los mismos sobre planos. Lo anterior, porque el adquirente de inmuebles promedio, no es experto en construcción y no puede constatar si el proyecto finalizado ha cumplido con las especificaciones de construcción autorizados para obtener la licencia. En la actualidad, el inversionista promedio considera la presunción de legalidad, cuando se suscribe a su favor, el título de propiedad por parte de la sociedad constructora y/o la entidad fiduciaria, que se surte en la mayoría de los casos, con el otorgamiento de la escritura pública de transferencia de dominio, junto con la tradición como modo de adquirir, mediante el registro inmobiliario de título ante la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos competente.

No obstante, de la investigación desarrollada se colige, que es necesario implementar un control posterior más eficiente, para garantizar la correcta ejecución de las autorizaciones previas

que se establecen en cumplimiento de las normas urbanísticas vigentes en desarrollo del POT y del Plan de Desarrollo, mediante las licencias urbanísticas concedidas. Adicionalmente, un punto esencial para evitar el crecimiento desorganizado del municipio es implementar la incorporación especializada de las Curadurías Urbanas en Chía y ser más exigente en el cumplimiento de los requisitos para la obtención de las licencias urbanísticas que expiden las entidades encargadas. Estas, al gestionar un estudio previo, juicioso y experto de las normas urbanísticas, pueden prevenir las inconsistencias de los proyectos inmobiliarios futuros que no se adecúen a la realidad actual del ordenamiento territorial y sus características propias con planeación y protección ambiental.

De otra parte, sería conveniente la implementación consecuencial de la llamada Dirección de Control Urbano que, aunque ya ha sido instaurada en algunas de las grandes ciudades del país, debería replicarse en otros pequeños entes territoriales, como el Municipio de Chía. Aunque según Héctor Anaya, director de Control Urbano en Cartagena: (2017)[8] "el control urbano nos compete a todos porque cuando un vecino ve que la construcción puede ser ilegal y no dice nada, es permisivo y corresponsable, y por eso habrá acciones fuertes". Se considera aquí un principio constitucional muy importante y es el de la participación ciudadana contenido en el artículo 270 de la Constitución Política de 1991[9] que es la intervención activa y responsable ciudadana en el desarrollo y mejoramiento de las condiciones de vida, no solo mediante actuaciones políticas, sino también ciudadanas como esta, pues, no se ve afectada la administración de la ciudad sino también cada una de las personas y sobre todos los vecinos del sector.

4.5. Solución a largo plazo

A partir de un análisis de derecho comparado, contenido en el trabajo de investigación en derecho administrativo realizado por Zico Antonioo Suarez, se puede plantear una solución a largo plazo que permita un mejor funcionamiento de las entidades territoriales. El autor mencionado comienza por realizar un estudio del sistema francés, italiano, español y con especial detalle el norteamericano; por la practicidad que ofrece su planeación al interior de su

[8] Tomado de opinión. FLOREZ DECHAMPS, T. El universal, 8 de septiembre de 2017,:
http://www.eluniversal.com.co/cartagena/control-urbano-deberia-ser-una-secretaria-261551

[9] Artículo 270. La ley organizará las formas y los sistemas de participación ciudadana que permitan vigilar la gestión pública que se cumpla en los diversos niveles administrativos y sus resultados. Constitución Política Colombiana, año 1991

territorio, específicamente en el Estado de Oregón.

La particularidad del Estado de Oregón se debe a que dentro sus Estatutos, conforme a su autonomía como territorio federado, "prevén que puedan existir otras entidades de nivel intermedio, entre las autoridades Estatales y los Condados, las cuales reciben el nombre de Distritos de Servicio Metropolitano" (Suárez, 2009)[10]

"Haciendo uso de esta potestad, en noviembre de 1992 el pueblo del Área de Portland, decidió establecer un gobierno regional que trabaje cooperativamente con los gobiernos locales, el cual se encargue de proveer a nivel regional los servicios requeridos por los ciudadanos, de una manera eficiente y efectiva, estableciendo como servicio más importante la planeación y la adopción de políticas tendientes a preservar e incrementar la calidad de vida y el medio ambiente de presentes y futuras generaciones" (Como se cita en Suárez, 2009)[11]

Ahora bien, la razón por la que es de estimar este desarrollo como relevante para la problemática expuesta, se debe a las funciones que le han sido atribuidas a la entidad de gobierno regional METRO. Esta tiene como principal objetivo la definición de una visión de futuro a largo plazo, teniendo en cuenta desde los niveles de población y desarrollo hasta los recursos y las condiciones particulares de la región. Este diseño estaría a cargo de una comisión integrada por miembros del sector público y privado, junto al apoyo de la comunidad académica regional.[12]

La Carta del Distrito de Servicio Metropolitano de Portland determina que se deberá expedir un plan de trabajo regional, similar a los Planes de Ordenamiento que se emiten a nivel municipal en Colombia. Sin embargo, una diferencia fundamental con el ordenamiento colombiano es la posibilidad de exigir a las autoridades locales el cumplimiento de las políticas y planes que se han emitido a nivel regional.[13]

[10]Suárez, Z, (2009). Hacia una nueva organización territorial en Colombia (Tesis de maestría) Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá D.C. Colombia. P-113. basado en: The Oregon Revised Status. Volume 7.
Capítulo 268. Metropolitan Service Districts. 2005

[11]Suárez, Z, (2009). Hacia una nueva organización territorial en Colombia (Tesis de maestría) Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá D.C. Colombia. P-113.The Charter of the Metropolitan Service District of Portland (METRO), Adoptada en 1992 y Enmendada en Diciembre de 2000. Preámbulo. Portland, Oregon. 2000.

[12]Suárez, Z, (2009). Hacia una nueva organización territorial en Colombia (Tesis de maestría) Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá D.C. Colombia. P-114.

[13]Suárez, Z, (2009). Hacia una nueva organización territorial en Colombia (Tesis de maestría) Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá D.C. Colombia. P-114

El ordenamiento jurídico actual, si bien ha permitido que haya un desarrollo parcialmente organizado, no logra satisfacer completamente los objetivos en materia de planeación territorial. La falta de un control posterior efectivo y responsable, permite que se presenten situaciones como las que han sido desarrolladas en el presente texto. Por estas razones, la propuesta a exponer adicionalmente a las anteriores, consiste en replantear la forma en que los municipios llevan a cabo un seguimiento de los Planes de Ordenamiento Territorial, al observar que la verificación de la Alcaldía Municipal de Chía no es efectiva en el control posterior que le asiste legalmente.

Tomando como ejemplo las entidades creadas para el mismo propósito en el Estado de Oregón, uno de los aspectos que se debe tener en cuenta sería la ampliación de las facultades que tienen las curadurías, pues al ser responsables de la emisión de las licencias, deberían igualmente controlar de forma posterior la construcción y los efectos que estas tienen en los municipios. En el mismo sentido se debería exigir como requisito, la participación colaborativa entre municipios, pues ante el crecimiento demográfico se hace necesaria una planeación conjunta que tenga en cuenta la comunicación vial y distribución de territorios con fines comerciales y de vivienda entre ambas circunscripciones.

También en la ciudad de Kingston en Canadá se hace obligatoria para la expedición de una licencia de construcción, una inspección previa para hablar de la estructura y bases de la construcción, con el fin de avalarlas o reprobarlas; y otra al finalizar la construcción para una posterior revisión, siempre llevada a cabo por un inspector de edificios. (Law Number 2009140, Kingston)[14]. Haciendo importante el uso de varios controles y de un solo agente encargado de revisar cada uno de los aspectos relacionados con la concesión de licencias para construir, modificar, ampliar, urbanizar, etc…

En Nashville, la capital de Tenesee en los Estados Unidos, se hace importante el papel de "Zoning Examiner"[15] o examinador de zona, quien se encarga principalmente de llevar a cabo todo el proceso de inscripción de solicitud de la licencia, de su verificación y aprobación. Es una sola persona encargada del proceso, lo que lo hace más eficaz e individualizado, y además lo convierte en su consejero; de modo que si necesita una aprobación de otros departamen-

[14] Law Number 2009-140, City of Kingston – Ontario, October 20, 2009

[15] Pagina del gobierno: Metropolitan Government of Nashville and Davidson County, Tennessee http://www.nashville.gov/Codes-Administration/Construction-and-Permits/Building-PermitProcess/Residential-Building-Permits.aspx. Recuperada en: 11 de marzo de 2018.

tos tales como el de alcantarillado, aguas o luz, le otorgará información y documentos necesarios para obtener dichos permisos, son mecanismos de otros Estados que también se pueden implementar.

5. CONCLUSIÓN

La planeación del desarrollo de un municipio es un instrumento normativo y funcional que consolida un modelo territorial descentralizado a largo plazo, orientado en verificar un crecimiento organizado en el desarrollo municipal. En el caso de Chía, se ha notado un crecimiento poblacional desde hace mucho tiempo, que ha desestabilizado el equilibrio demográfico y territorial; lo que ha traído una serie de problemas que se evidencian como el cambio del uso de los suelos, el crecimiento urbano en un municipio de tradición agricultor y sobre todo el déficit en la dotación de servicios públicos domiciliarios, déficit en el crecimiento vial con respecto del crecimiento urbano, junto con la contaminación ambiental que genera la polución y los gases de carbono que conlleva entre otros, el incremento del tráfico vehicular. Por razones sociales y laborales, Chía se ha convertido en un municipio dormitorio, es decir, sus habitantes normalmente trabajan en otros municipios aledaños o incluso en la ciudad capital, aunque viven en el municipio.

La Alcaldía Municipal de Chía, principal encargada de la administración y las políticas públicas, presenta falencias ejerciendo el debido control en el municipio, ya que se evidencia una saturación en la expedición indiscriminada de licencias urbanísticas otorgadas por la Subdirección de Planeación, pues consideramos que por el diseño y diversidad del municipio, se requiere un desarrollo más organizado y acorde a la idiosincrasia cultural de la región; implementando la figura del curador urbano. Se requiere una previsión especializada a mediano y a largo plazo, para solucionar varios de los problemas que aquejan actualmente a Chía; principalmente en la planeación en la circulación vehicular, generando vías de acceso alternas para su movilidad, y el crecimiento organizado del desarrollo urbanístico en los distintos sectores del municipio.

Por consiguiente, se han propuesto tres posibles soluciones frente a la problemática expuesta, a saber: la primera, a mediano plazo, consistente en implementar la institución del curador urbano en el municipio de Chía, teniendo en cuenta que según el número de habitantes certificado para el año 2015, Chía está en mora de incorporar las curadurías urbanas para el ejercicio especializado y profesional para expedir con rigor las licencias urbanísticas que se soliciten por su conducto. La segunda, empoderando a los órganos de gobierno municipal, de una posible Subdirección

de Control Urbanístico que se encargue de realizar el seguimiento paso a paso en las obras de ejecución de cada licencia expedida, y que otorgue una certificación final que sea acorde con la realización del proyecto urbanístico, como requisito de procedibilidad para la entrega del proyecto nuevo a la copropiedad conformada. Y la tercera propuesta, para implementar a largo plazo, es aquella que tiene como objetivo designar una comisión integrada por miembros del sector público, privado y académico, que se encargue principalmente de incrementar la calidad de vida de sus habitantes, generar una responsabilidad social y ambiental en cuanto a propender por mecanismos verdes de ser amigables con el ambiente, a través de una verdadera planeación y verificación de las condiciones suficientes para autorizar la expedición de nuevas licencias urbanísticas y hacerle igualmente seguimiento a las que se expidan en virtud del cumplimiento de las leyes vigentes.

Bibliografía

ACUERDO 100 DE 2016: por medio del cual se adopta la revisión general y ajustes al plan de ordenamiento territorial (POT) del Municipio de Chía, Cundinamarca, adoptado mediante acuerdo 17 de 2000.

CAMACOL. (2009/04/14). LICENCIAS Y CURADURÍAS URBANAS. 10/03/2018, de CAMACOLCAMACOL Sitio HYPERLINK "https://www.camacol.co/sites/default/files/secciones_internas/COBO20090414021952.pdf"https://www.camacol.co/sites/default/files/secciones_internas/COBO20090414021952.pd f f

COLEGIO DE CURADORES URBANOS. (2018). ABC DEL CURADOR URBANO. 10/03/2018, de COLEGIO DE CURADORES URBANOS Sitio web: http://www.curadoresurbanos.org/abc-del-curador-urbano/

CONCEPTO 1624 (CONSEJO DE ESTADO 2005 de FEBRERO de 03).

Contreras Ortiz, Y. (2017). Estado de la vivienda y el espacio público en el municipio de Chía. Bogotá, Colombia. Universidad Nacional de Colombia. Libro recuperado el 24 de agosto de 2017 de: http://www.institutodeestudiosurbanos.info/centro-

editorial/publicacionesieu/item/160-estado-de-la-vivienda-y-del-espacio-publico-en-el HYPERLINK "http://

www.institutodeestudiosurbanos.info/centro-editorial/publicacionesieu/item/160-estado-de-la-vivienda-y-del-espacio-publico-en-el-municipio-de-chia"-municipio-de-chia

CURADURÍA URBANA 2. (2018). DEFINICIÓN Y CLASES DE LICENCIAS URBANÍSTICAS. 10/03/2018, de CURADURÍA URBANA 2 Sitio web: http://curaduria2bogota.com.co/servicios/licencias/definicion-y-clases-de-licencias HYPERLINK "http://curaduria2bogota.com.co/servicios/licencias/definicion-y-clases-de-licencias-urbanisticas/"urbanisticas/

DANE. (2009). Dirección de Metodología y Producción Estadística DIMPE. Metodología déficit de vivienda. Recuperado el 09 de septiembre de 2017 de: https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/fichas/Deficit_vivienda.pdf

DECRETO 2150 de diciembre 05 de 1995: Por el cual se suprimen y reforman regulaciones, procedimientos o trámites innecesarios existentes en la Administración Pública.

Guillermo, A (Dic 2002) Las mega-ciudades y las periferias expandidas: ampliando el concepto en ciudad de México Aguilar, EURE; páginas: 121-149.

Law Number 2009-140, City of Kingston – Ontario, October 20, 2009: To Regulate Signs Property In The City Of Kingston

Orlando Hernández Cholo. (2015). Caracterización Poblacional Chía, Cundinamarca. Recuperado el 25 de agosto 2017 de Alcaldía de Chía Sitio web: http://www.chia HYPERLINK "http://www.chia-cundinamarca.gov.co/index.php/demografia-chia"cundinamarca.gov.co/index.php/demografia-chia

Página del gobierno: Metropolitan Government of Nashville and Davidson County, Tennessee http://www.nashville.gov/Codes-Administration/Construction-and- Permits/Building-Permit-Process/Residential-Building-Permits.aspx. Recuperada en: 11 de marzo de 2018.

Suárez, Z, (2009). Hacia una nueva organización territorial en Colombia (Tesis de maestría) Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá D.C. Colombia.

The Charter of the Metropolitan Service District of Portland (METRO), Adoptada en 1992 y Enmendada en diciembre de 2000. Preámbulo. Portland, Oregon. 2000.

(2005) The Oregon Revised Status. Volumen 7. Cap. 268. Metropolitan Service Districts.

urbanisticas/cundinamarca.gov.co/index.php/demografia

La oferta:
el Adán del contrato

Sahara Ximena Bejarano

El consentimiento se define como *"la manifestación de voluntad directa y reflexivamente encaminada a producir efectos jurídicos"* (Ospina Fernandez y Ospina Acosta,1983) que supone una concurrencia de voluntades, por esto entendemos que el consentimiento es fundamental al hablar de un negocio jurídico plurilateral. El Código de Comercio en su articulo 864 expresa que "se entenderá celebrado el contrato en el momento en que el proponente reciba la aceptación de la propuesta" dando a entender que para que un contrato exista antes debe haber un proceso de formación, el contrato es el producto de la oferta y de la aceptación. A través del presente ensayo se pretende ahondar en el significado y la importancia indiscutible de la oferta en los negocios jurídicos, demostrar que la oferta tiene un carácter de obligatoriedad en el régimen jurídico colombiano, exponer sus elementos esenciales, discutir y concluir a qué tipo de sujetos es válido dirigir la oferta. Para entender el concepto y sus alcances se tendrán en cuenta el Código de Comercio Colombiano y la percepción de distinguidos doctrinantes.

En la doctrina del derecho civil existen diferentes teorías acerca del valor de la oferta. En primer lugar, para la teoría clásica la oferta no tiene fuerza obligatoria antes de que se dé su aceptación, fundamentado en que no se acepta que una persona pueda obligarse por su propia voluntad, ya que solamente cuando concurren las dos voluntades nacen las obligaciones. Para esta teoría el término de obligación recae exclusivamente en el consentimiento. De acuerdo con esta hipótesis el oferente puede retractarse sin ninguna responsabilidad siempre y cuando todavía no se haya expresado la aceptación. Además, la obligación caduca cuando al oferente le sobreviene alguna incapacidad o muerte. Los mayores exponentes de esta teoría son los franceses quienes en su código (Le Code Civil) consagran el contrato casi como una estructura estática sin tener en cuenta el proceso de formación de esta.

"Le Code ne s'intéresse nullement à un quelconque processus de formation du contrat, ce dernier entant envisagé comme un édifice statique, bâti instantanément sur la réunion de quelques éléments essentiels, au sommet desquels trône le consentement (…) Pour la majorité´ des auteurs, le consentement est au cœur de la formation du contrat. Selon Domat, « le consentement fait la convention » De même, pour Pothier, l'essence de la convention consiste dans le consentement." (Montero, É, & Demoulin, M, ND)

Por otro lado, la teoría moderna establece que la oferta obliga al oferente aún

antes de que la oferta sea aceptada pese a que la aceptación del destinatario es indispensable para el ejercicio del derecho, no lo es para su nacimiento, en consecuencia para la teoría moderna la oferta es irrevocable, no caduca ni por muerte, incapacidad o insolvencia, además debe tener un plazo, es decir, una duración limitada. Esta doctrina tuvo origen en Alemania cuyo código civil **(Bürgerliches Gesetzbuch BGB)** en la sección 145 dicta: *"Wer einem anderen die Schließung eines Vertrags anträgt, ist an den Antrag gebunden, es sei denn, dass er die Gebundenheit ausgeschlossen hat"* (Cualquier persona que ofrezca a otra firmar un contrato es limitada por la oferta, a menos que él haya excluido la limitación por ella) y en su sección 146 *"Der Antrag erlischt, wenn er dem Antragenden gegenüber abgelehnt oder wenn er nicht diesem gegenüber nach den §§ 147 bis 149 rechtzeitig angenommen wird "* (Una oferta expira si una denegación se hace al contratista, o si no se hace ninguna aceptación a esta persona en tiempo hábil de acuerdo con las secciones 147 a 149.)

En medio de estas dos teorías se encuentra la teoría eclética la cual implica que la oferta no aceptada no impone ninguna obligación empero existen algunas excepciones. En las cuales no nos detendremos puesto que muy pocos estados han adoptado dicha postura.

Para el Código Civil colombiano en su articulo 1494 *"Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones (…)"* . *Aunque este código guarda silencio sobre la oferta y su carácter obligatorio, pese a esto podemos afirmar que el régimen jurídico colombiano a través de su Código de Comercio ha aceptado la teoría moderna de la oferta. Así, vemos cómo en su artículo 846 se le designa a la oferta un carácter imperativo al expresar que:*

"La propuesta será irrevocable. De consiguiente, una vez comunicada, no podrá retractarse el proponente, so pena de indemnizar los perjuicios que con su revocación cause al destinatario.

La propuesta conserva su fuerza obligatoria aunque el proponente muera o llegue a ser incapaz en el tiempo medio entre la expedición de la oferta y su aceptación, salvo que de la naturaleza de la oferta o de la voluntad del proponente se deduzca la intención contraria"

Para el Código de Comercio en su artículo 845 *"La oferta o propuesta, es el proyecto de negocio jurídico que una persona formule a otra (…)"* . Vemos

cómo la norma se refiere al carácter unilateral de la oferta, es decir a la vinculación que ésta tiene para una de las partes. Sin embargo, se ha generado una controversia en la doctrina pues el legislador expresa que "es un proyecto de negocio jurídico" y no expresa que es un negocio jurídico de carácter unilateral, por lo que es entonces determinante comprender la intención del legislador al generar la norma. Si la norma se entiende semánticamente se deduce que la oferta no es un negocio jurídico sino un mero proyecto de este, pero esta interpretación es errónea ya que la oferta efectivamente consiste en un negocio jurídico unilateral, pues el oferente se obliga en primera instancia a dar, hacer o no hacer aunque esta obligación aún no sea exigible pues carece de aceptante. Por ejemplo, si un comerciante ofrece en su puesto obleas, al llegar un comprador el vendedor no puede retractarse y no darle el producto, pues al realizar el ofrecimiento se obligaba frente a quienes aceptan. En nuestra concepción el legislador hace referencia a la vocación que tiene la oferta de volverse plurilateral. Entonces de este fragmento del artículo debe decirse que la oferta es un negocio jurídico unilateral con vocación de ser plurilateral en el momento en que una persona la formula a otra.

Sigue el artículo 845 del C.Co *"(…) deberá contener los elementos esenciales del negocio y ser comunicada al destinatario (…)".* Este fragmento del artículo refuerza el planteamiento anterior. Imaginemos por un momento que la oferta no contenga el elemento esencial del negocio jurídico, entonces ésta oferta no sería la propia de ese negocio jurídico; ahora bien, imaginemos que la oferta contiene todos los elementos del negocio jurídico pero que no es un negocio jurídico, esto suena absurdo pues conteniendo todos los elementos esenciales de un negocio jurídico especifico no queda más remedio que admitir que la oferta es un negocio jurídico unilateral. Al decir que la oferta tiene los elementos esenciales del negocio jurídico pero que la oferta no es un negocio jurídico se negaría el carácter sustancial de los elementos esenciales.

Por otro lado, la norma exige que la oferta sea comunicada al destinatario. Entendiendo que la oferta tiene una vocación de volverse plurilateral es evidente que debe ser comunicada a alguien más, adicionalmente rememoramos que nadie esta obligado a lo que no conoce.

Finaliza el artículo diciendo que *"Se entenderá que la propuesta ha sido comunicada cuando se utilice cualquier medio adecuado para hacerla conocer del destinatario".* Es un medio adecuado aquel que le permita al destinatario conocer acerca de la oferta. Si

el vendedor de obleas sólo murmura la oferta al pasar por al lado de las personas haciendo la oferta inaudible, se entenderá que no ha cumplido con comunicar al destinatario de modo idóneo.

Para Valencia Zea y Ortiz Monsalve la oferta se define como: *"un negocio jurídico univoluntario, de contenido patrimonial que contiene todos los elementos del contrato, de manera que una vez comunicada, sólo requiere para que se perfeccione la aceptación de la otra parte, o el cumplimiento de las formalidades legales (…) o la entrega si es un contrato real".* Alessandri en cambio la define de un modo sencillo como: *"el acto por el cual una persona propone a otra la celebración de un determinado contrato",* pero no cualquier propuesta de celebración de un negocio jurídico podría considerarse como una oferta. a diferencia de lo que plantea en la definición citada anteriormente el Código de Comercio colombiano exige que esta contenga los elementos esenciales del negocio jurídico y que sea comunicada al destinatario.

De acuerdo con Ledesma Gil la oferta debe ser:

1. Seria
2. Exteriorizada
3. Completa
4. Voluntaria

La seriedad consiste en que la oferta se dé con la intención de producir un vínculo jurídico, ya que no cualquier expresión de la voluntad repercute en el ámbito jurídico. Si hoy me levanto y le escribo un correo a la súper modelo Kendall Jenner diciendo que la quiero conocer he expresado efectivamente mi voluntad, sin embargo esta expresión no genera ninguna obligación dado que es un simpe deseo que no obliga a nadie. Diferente es cuando una emisora genera un sorteo para conocer a la súper modelo Kendall Jenner pues esta expresión de voluntad sí genera una obligación. Del mismo modo, se espera que se aleje la posibilidad de la retractación o del desconocimiento de la propuesta hecha y que suponga para el destinatario o aceptante la idea de expresar si acepta o rechaza o genera una nueva oferta o contrapropuesta, y así, hasta formar el consentimiento.

Como ya se mencionó anteriormente, la oferta debe ser comunicada, sin embargo el régimen jurídico deja a discrecionalidad del ofertante el modo en el que desea comunicar su oferta, en consecuencia es valido admitir que existe la posibilidad de ofertar de un modo tácito que no es equivalente al silencio, pues el modo tácito exige alguna ejecución de manera expresa verbal o escrita. La irrelevancia de la modalidad de la comunicación recae en que lo importante de ella no es el

modo en el que se comunique sino que sea hecha de tal forma que, para el nacimiento del contrato baste con que el destinatario exprese su aceptación. Se permite cualquier modo de comunicación siempre y cuando permita el adecuado entendimiento de la oferta.

Una oferta completa es aquella que contiene los elementos esenciales y las solemnidades requeridas, de ser el caso. Por útimo, la voluntad se predica de una oferta que se expresa libremente.

Dado que la oferta es un negocio unilateral con vocación a volverse plurilateral es necesario aludir al destinatario, pues al momento de realizarse la oferta el destinatario no contrae ninguna obligación. Sin embargo, de éste depende que la oferta se transforme en un negocio jurídico plurilateral o no.

La oferta puede destinarse a un sujeto determinado del cual predica la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional en su art. 14:

"1.- Una propuesta de celebrar un contrato dirigida a una o varias personas determinadas constituye una oferta si es suficientemente precisa y si refleja la voluntad de su autor de obligarse en caso de aceptación. Una propuesta es suficientemente precisa cuando indica las mercancías y, expresa o implícitamente, fija la cantidad y el precio o da las indicaciones que permitan determinarlos"

Así por ejemplo, cuando nos llaman a ofrecernos un plan telefónico fijando el precio y las condiciones estamos ante una oferta determinada pues por más que la empresa llame a varios usuarios está llamándolos específicamente a ellos.

Sin embargo, la doctrina entra en conflicto sobre la validez de realizar la oferta a un sujeto indeterminado. La Convención de Viena sobre Compraventa Internacional en el segundo inciso del articulo mencionado con anterioridad establece que *"una propuesta dirigida a personas indeterminadas sólo se considera como una invitación a ofertar, a menos que quien formule la propuesta expresa claramente lo contrario",* es decir que la propuesta de un negocio juridico a una persona indeterminada sólo es un negocio juridico cuando el oferente así lo expresa. Esta condición nos parece innecesaria dado que bajo nuestro regimen *"las ofertas hechas al publico, o, en general a personas indeterminadas, realizada la oferta y conocida por los destinatarios, el oferente queda obligado, sin que se sepa inicialmente quién asumirá el papel de acreedor"* (Valencia Zea y Ortiz Monsalve, 2010) como ocurre con el servicio de transporte público. Mientras este circula, no es necesario que lleve

un cartel o a una persona anunciando que se obliga a llevar a quien se monte por determinado precio a determinado destino sino que basta con que circule dando a conocer el precio de su servicio y los destinos a los que se dirige para entender que se está obligando ante cualquier público mientras dicho publico necesite el servicio.

La síntesis de esta materia la expresa de modo breve el Doctor Díez-Picazo al afirmar que *"Es requisito esencial de la promesa su carácter público o la divulgación dada a la misma. Es sin embargo indiferente que se dirija a la generalidad o sólo a una determinada categoría de personas."*

Es necesario en este punto diferenciar entre la oferta pública y la publicidad, pues aunque ambas recaen sobre un sujeto indeterminado el propósito de cada una es diferente. La publicidad pretende atraer a los clientes a un producto recalcando sus virtudes, en cambio la oferta no sólo enuncia la existencia del producto. Un ejemplo de la publicidad puede ser un comercial de alguna fragancia de Carolina Herrera. La publicidad centra su atención en hacer atractivo el producto para el publico, por otro lado, podemos pensar en las revistas de marcas como Avon en las cuales no sólo se publicita el producto sino que se expresa el precio del mismo.

En su "Manual de Derecho Civil" Llambias, Raffo y Sassot caracterizan la propuesta publica con cuatro elementos: el primero un sujeto determinado que se ofrece como deudor, es decir el oferente sobre el cual en primera instancia recae la obligación a ejecutar. Segundo, un sujeto no identificado que se reputa futuro acreedor de la referida prestación si cumple la condición anunciada, si acepta de modo claro y unívoco la oferta, es importante recalcar que la oferta debe ser aceptada de este modo pues de no serlo incurriríamos en el ámbito de una contra oferta; tercero la previsión de un hecho futuro, cuya realización se subordina al nacimiento de la obligación, por último, el anuncio publico de la promesa por un medio de comunicación masiva, pues es evidente que si se espera que el receptor sea el publico en general no sería idóneo comunicar la oferta de un modo moderado.

En conclusión, pese que el Código Civil colombiano no contempla la oferta podemos ratificar que el régimen jurídico colombiano es partidario de la teoría moderna de la oferta, según la cual es un negocio jurídico unilateral, que debe contener los elementos esenciales del negocio jurídico y ser comunicada según el Código de Comercio. La oferta es de una negable importancia para este sistema dado que la existencia del contrato depende de ésta, la

oferta es como el Adán del contrato ya que genera su inicio. Adicionalmente el régimen jurídico a diferencia de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional permite que la oferta se realice a cualquier tipo de destinatario, bien sea determinado o a un sujeto indeterminado.

Bibliografía:

Burgerliches Gesetzbuch (bgb). (1900). Recuperado octubre 20, 2016, de http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/bgb/gesamt.pdf

Codigo Civil. (1887). Recuperado octubre 17, 2016, de http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/norma1.jsp?i=39535

Codigo de Comercio. (1971). Recuperado octubre 18, 2016 de http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/norma1.jsp?i=41102

Convencion de las Naciones Unidas Sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderias. (2011). Recuperado octubre r 23, 2016, from https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/sales/cisg/v1057000-cisg-s.pdf

Diez-Picazo, L. (2008). Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II. Navarra: Aranzadi.

Llambias, J., Raffo Benegas, P, & Sassot, R, A. (2005). Manual de Derecho Civil: Obligaciones. Buenos Aires: Lexis Nexis.

Ledesma, J., Gil. (2014). Teoria General de las Obligaciones. Medellin: Biblioteca Juridica Dike.

Montero, É, & Demoulin, M. (n.d.). La Formation du Contrat Depuis le Code Civil de 1804: Un régime en mouvement sous une lettre figée. Recuperado octubre 20, 2016, de http://www.crid.be/pdf/public/4563.pdf

Ospina, E., Acosta, & Ospina, G., Fernandez. (1983). Teoria general de los actos o negocios juridicos. Bogotá: Editorial Temis.

Valencia, A., Zea, & Ortiz, A., Monsalve. (2010). Derecho Civil, tomo III. De las obligaciones. Bogotá: Temis.

ARTÍCULO

EL CONTRATO DE ADHESIÓN:
UN BLANCO DE CRÍTICAS

María Camila Zambrano Parra

La evolución jurídica ha traído consigo la creación de nuevas figuras, cuyos elementos ponen en tela de juicio aspectos del derecho que se consideraban casi inmutables. Una de las figuras más importantes de los negocios jurídicos es el contrato; el acuerdo de voluntades destinado a crear obligaciones entre quienes lo celebran[1]. Sin perjuicio de ello, desde el año 1901, fue acuñado por la doctrina francesa, por primera vez, el término "contratos de adhesión"[2] o su sinónimo "contratos de condiciones predispuestas". La existencia de los contratos de adhesión (en adelante CA) tiene justificación en la necesidad de algunos empresarios que, al encontrarse ante numerosas relaciones jurídicas, en su mayoría similares, elaboran previamente los contratos y solo quedan a la espera de que la otra parte lo acepte o rechace en su totalidad.

En este orden de ideas, muchas críticas han girado en torno a esta nueva figura. En especial, son dos críticas las que abrazan a los denominados contratos de adhesión; la primera de ellas obedece a la pregunta ¿son verdaderos contratos?, la segunda, apunta a que los CA en la práctica e incluso antes de su perfeccionamiento contienen un desequilibrio que va contra el principio del equilibrio contractual. Este texto busca sostener que, a pesar de las críticas mencionadas con anterioridad, los contratos de adhesión en efecto son contratos, y que, aun cuando puedan generar un desequilibrio contractual, existen mecanismos tuitivos que buscan el restablecimiento del equilibrio en este tipo de contratos.

1. ¿SON VERDADEROS CONTRATOS LOS "CONTRATOS DE ADHESIÓN"?

Para desarrollar esta crítica nos serviremos del siguiente orden: (i) El contrato: El consentimiento como uno de sus elementos. (ii) El contrato de adhesión (iii) Discusión doctrinal: Teorías anti-contractual y contractual.

1. El contrato: El consentimiento como uno de sus elementos.

El Código Civil Colombiano define en su artículo 1495 el término contrato como: "Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas.". De manera paralela, el Código de Comercio en su artículo 864 menciona: "El contrato es un acuerdo

[1] MENDOZA, Álvaro. Lectura Contratos. pp. 1
[2] POSADA, Camilo. El equilibrio contractual en los contratos de adhesión. EDITORIAL IBAÑEZ, pp. 96

de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial (. . .)". Permiten estos dos conceptos, llegar a afirmar, que el contrato es un negocio jurídico multilateral (en el entendido de que se obligan las dos partes o más) y en el que existe un querer de quienes contratan, dirigido a generar unos efectos jurídicos.

Además de lo anterior, es posible predicar del contrato otros aspectos tales como: la voluntariedad, la patrimonialidad y el vínculo[3]. La voluntariedad, es un factor de la formación clásica del contrato, es decir, se basa todavía en la voluntad de los contratantes[4]. Se asume, por tanto, que debe existir un consentimiento, que resulta de la unión de las manifestaciones de voluntad, en el que las partes, en desarrollo de su autonomía de la voluntad (entendida como la capacidad que se tiene de obligarse de decidir el momento, las personas y la clase de vínculos jurídicos que queremos tener) manifiesten el deseo de contratar con alguien para una finalidad. La patrimonialidad es un elemento que contempla la posibilidad de valorar económicamente el objeto de obligación y de esta forma poder hacer exigible la misma (v.gr. cuando el pago extingue la obligación). Respecto al último de los elementos, el vínculo, hace referencia a que las partes forman un lazo que debe ser siempre jurídico; es decir, que la intensión de obligarse debe recaer en el campo del derecho y a su vez derivar en un compromiso que pueda ser exigible.

Ahora bien, con relación al elemento del consentimiento, como el encuentro de voluntades, como la unión de las diferentes manifestaciones de voluntad, y del cual algo se trató en el párrafo anterior; si bien este es uno de los requisitos del negocio jurídico[5] o al menos así lo establece la ley según la lectura del Art. 1502 del Código civil, cabe aclarar que algunos doctrinantes discrepan en cuanto a qué se denomine al consentimiento como requisito del negocio jurídico, pues en lugar de él se debería hablar de manifestación de la voluntad en términos generales; en razón a que, al incluir el concepto de consentimiento solo se hace referencia al contrato y se excluyen a aquellos negocios jurídicos unilaterales.

Sin perjuicio de ello, el solo hecho de que el contrato es un tipo de negocio jurídico multilateral, y además de que

[3] MENDOZA, Álvaro, Contratos. Pág. 2
[4] MAZEAUD, Henri, León y Jean, " Lecciones de Derecho Civil", Buenos Aires 1.960, parte II, Vol. Y, pág. 129.
[5] MENDOZA, Álvaro. Requisitos del negocio jurídico, pp. 1 y ss

en su significado se hable de acuerdo de voluntades, se entiende que es el consentimiento, un elemento propio de todo tipo de contrato, pues la ausencia de este deriva en una inexistencia del contrato, si solo hay manifestación de una de las partes, no se hablará entonces de contrato (como negocio multilateral) sino que, se puede hablar de un negocio unilateral, en el entendido de que no ha habido el encuentro de voluntades que caracteriza al contrato.

En conclusión, el contrato es un negocio jurídico multilateral (genera obligaciones para varias o todas las partes), que se constituye por el acuerdo de voluntades (consentimiento), en el que una o más partes se obligan a determinadas prestaciones (dar, hacer o no hacer) y que produce efectos en el campo del derecho.

2. El contrato de adhesión.

En relación con los CA, como se dijo anteriormente, tienen su origen en lo que se conoce como la masificación y la prestación en serie de bienes y servicios. No es posible encontrar una definición de este tipo de contratos en el Código Civil ni en el del Comercio, solo existe una definición, y es la que contempla el artículo 5, numeral 4, de la ley 1480 de 2011 (Estatuto del consumidor, en adelante EC) que define al CA como: "Aquel en el que las cláusulas son dispuestas por el productor o proveedor, de manera que el consumidor no puede modificarlas, ni puede hacer otra cosa que aceptarlas o rechazarlas.". De manera similar en la doctrina, autores como Sergio Le Pera[6] afirman que "en el contrato de adhesión una de las partes está en la necesidad de hecho de adherir a un contrato cuyo contenido ha sido redactado y predispuesto por la otra parte que evidencia una posición de superioridad respecto de la otra".

En este orden de ideas, las características de un CA a grandes rasgos serían:

1. **Carácter de predisposición:** Es decir, que el contenido es elaborado e impuesto por solo una de las partes.

2. **Superioridad contractual de una de las partes:** Generalmente, la ostenta quien elabora el contrato; esta superioridad

[6] LE PERA, Sergio. Cuestiones del derecho comercial, pp. 269-271

puede ser jurídica, económica o de información.

3. Necesidad de una de las partes: La parte considerada como "débil" es la que se ve en la necesidad de contratar.

4. No discusión, ni modificación del contenido del contrato: Debido a que en estos contratos las partes no pudieron discutir previamente, la parte débil solo puede aceptar o rechazar la totalidad del contrato.

3. Discusión doctrinal: Teorías anti-contractual y contractual

Concretamente sobre la primera crítica, de si son verdaderos contratos los denominados "Contratos de adhesión", y una vez vistos los conceptos básicos de contrato y CA, conviene entonces, revisar lo que la doctrina ha mencionado al respecto. A grandes rasgos, son dos posturas las que se pronuncian sobre el tema; en primer lugar, están quienes afirman que los CA no son verdaderos y en segundo lugar, quienes opinan lo contrario. Para desarrollar mejor este punto, acudiremos a las dos teorías anti-contractual y contractual.

En la teoría anti-contractual se encuentran autores tales como Raymond Saleilles, un jurista francés que afirma en su obra *"De la Déclaration de Volonté"* que "el contrato de adhesión de contrato no tiene sino el nombre"[7]. Esta teoría también llamada como teoría unilateral, sostiene que los CA no son contratos porque no existe un consentimiento sino una "yuxtaposición de voluntades", lo que sucede con los CA es que son actos unilaterales que producirán efectos a favor o en contra de aquellos que toman la alternativa de adherirse a lo previamente estipulado por otro individuo de manera unilateral[8]. Apoyando esta teoría, hay quienes afirman que ante la existencia de la necesidad que provoca vincularse con este tipo de contratos, no se podría predicar un consentimiento, sino la simple vinculación a causa de una necesidad, pues el consentimiento no es libre si no puedo escoger del todo con quien celebrar el contrato pues pesa más la necesidad que se busca satisfacer.

[7] ALEILLES, Raymond, De la Déclaration de Volonté, París, 1.901, Número 89, pág. 229.
[8] BONIVENTO CORREA, Pedro Felipe. LA AUTONOMIA PRIVADA DE LA VOLUNTAD FRENTE A LOS CONTRATOS DE DERECHO PRIVADO, pp. 213

Esta teoría ha sido criticada fuertemente en dos sentidos; el primero de ellos menciona que "la voluntad de un particular, en este caso, del predisponente, jamás podía ser considerada como un poder reglamentario porque solamente la ley podía obligar a sus destinatarios sin que ellos tuviesen que adherir a ella[9]". Es decir, que la adhesión implica la manifestación de la voluntad de una persona para hacer parte de un contrato, solo tiene efectos jurídicos el contrato de adhesión cuando hay la manifestación de querer contratar de ambas partes, porque una vez se da esta manifestación, se produce entonces el consentimiento, el encuentro de voluntades. El otro sentido manifiesta que, "basado en la igualdad jurídica, en ningún caso un particular puede imponer su voluntad sobre el otro y mucho menos podía ser considerado como legislador unilateral de las relaciones jurídicas que estableciera con otros particulares[10]".

La teoría contractual, por otro lado, sostiene que la adhesión es una forma de aceptación idónea. Los CA no son actos unilaterales, por el contrario, "las condiciones generales que en ellos hay, son de obligatorio cumplimiento cuando el adherente consiente en ellas mediante la adhesión[11]". Además de lo anterior, esta teoría contempla un aspecto adicional y es que los CA "deben ser interpretados con base en criterios que protejan los intereses de la parte débil[12]". Apoyando esta teoría, el doctrinante Ripert al respecto dice: "Poco importa que la voluntad esté sujeta si ella es consciente y libre. Sin duda los concesionarios privilegiados, transportadores, aseguradores, patrones, todos aquellos que gozan de un monopolio de derecho o, de hecho, fijan anticipadamente y de modo rígido su inmutable voluntad. Pero, jurídicamente, los usuarios, viajeros, cargadores, asegurados, obreros, dan un consentimiento que tiene un valor igual. Para la formación del contrato, la ley exige dos consentimientos; ella no mide en el dinamómetro la fuerza de las voluntades"[13].

A pesar de lo anterior, a nuestro juicio, no son del todo suficientes estas teorías si se quiere dar una explicación desde el ordenamiento colombiano, pues faltan

[9] POSADA, Camilo. El equilibrio contractual en los contratos de adhesión. EDITORIAL IBAÑEZ, pp. 97
[10] POSADA, Camilo. El equilibrio contractual en los contratos de adhesión. EDITORIAL IBAÑEZ, pp.98
[11] POSADA, Camilo. El equilibrio contractual en los contratos de adhesión. EDITORIAL IBAÑEZ, pp.98
[12] LARROUMET, Christian. Teoría general del contrato, volumen I, pp. 93
[13] RIPERT: La régle Morale Dans les Obligations Civile, París, Cuarta Edición, 1.949, Número 55, pág. 100.

aspectos importantes tales como la concepción legal, la libre discusión y la necesidad de los CA; es por ello que, con apoyo de algunos otros doctrinantes y haciendo uso de la ley y la jurisprudencia, consideramos que:

En primer lugar, los contratos de adhesión son contratos, en virtud del carácter que les ha sido asignado a los mismos por parte del legislador, tal como se ve en el art. 5 del estatuto del consumidor. Sin perjuicio de lo anterior, es evidente que el consentimiento en ellos, según se ha considerado en el ordenamiento colombiano, y como lo ha llegado a sostener la Corte Suprema de Justicia[14], si bien es bastante reducido en comparación con el que que normalmente se evidencia en otros contratos, no deja de ser con todo un consentimiento. Este punto claramente acarrea problemas por cuanto, si bien lo que motiva a la celebración de un negocio viene siendo en últimas la necesidad, hay contratos de adhesión que versan sobre necesidades de tal magnitud (agua, luz, gas, en términos generales, servicios públicos domiciliarios) que no cabe ni siquiera la posibilidad de que las personas puedan acudir a otras empresas, sino que por el contrario, se ven obligadas a celebrar el contrato, con esto se pone en tela de juicio el consentimiento, pues si en situaciones relativamente normales, al menos el adherente puede ir a escoger libremente otra empresa que presta el mismo servicio, en aspectos como los mencionados, ante la existencia de una sola prestadora de servicios, no queda más opción que adherirse.

En segundo lugar, es preciso resaltar que si bien lo ideal del contrato es que este se someta a una discusión previa antes de su perfeccionamiento y ejecución; la libre discusión, como es normalmente llamada, no es un requisito para celebrar un contrato o incluso cualquier otro tipo de negocio jurídico. En último lugar, y como ya se ha mencionado varias veces, los CA son producto de una necesidad social y obedecen a una realidad del desarrollo económico: **la masificación de la prestación en serie de bienes y servicios.**

[14] *En una sentencia del 15 de diciembre de 1970 la Corte Suprema de Justicia (CSJ) manifiesta que "Si la adhesión basta para formar el contrato "todas las cláusulas del mismo se deben tener como queridas y aceptadas por el adherente", así sean abusivas, porque es al legislador, y no al juez, al que le corresponde "evitar la inserción de cláusulas leoninas". En otra sentencia del 29 de agosto de 1980, afirma que "por el hecho de que el contrato conste en formatos pre impresos no puede desconocerse a esa clase de convención su naturaleza contractual, pues mientras el cliente pueda rechazar la oferta su voluntad actúa a tal punto que al acogerla presta voluntariamente su consentimiento." (BONIVENTO CORREA, Pedro Felipe. LA AUTONOMIA PRIVADA DE LA VOLUNTAD FRENTE A LOS CONTRATOS DE DERECHO PRIVADO,* pp. 204)

Esta actividad, le exige al mundo jurídico la creación de figuras como son los CAcon el fin de hacer más ágil el mundo jurídico y que este no estanque la economía, por lo tanto, si se desconociera la existencia de los contratos de adhesión, su efecto recaería sobre la economía, frenándola de una manera significativa.

Para resumir, los contratos de adhesión, son verdaderos contratos por cuanto la ley así lo ha considerado (aun cuando su consentimiento, si se puede decir que aplica en ellos, es mínimo) y por cuanto, obedecen a una realidad social que hace uso de los mismos de manera cada vez más constante.

2. EL DESEQUILIBRIO EN EL CONTRATO DE ADHESIÓN Y EL ESTATUTO DEL CONSUMIDOR

De la misma manera como se proyectó el orden del punto anterior, en este aparte se desarrollará el siguiente: (i) El desequilibrio en los CA (ii) El estatuto del consumidor como sistema tuitivo.

1. El desequilibrio en el contrato de adhesión

El otro blanco de crítica tratado por la doctrina es el desequilibrio que se puede llegar a generar antes del perfeccionamiento e incluso en la práctica de un contrato de adhesión. Este aspecto de alguna manera es aceptado en el Estatuto del Consumidor (EC), pues este sistema, reconoce un carácter asimétrico respecto al poder que el predisponente tiene sobre el contrato, bien sea de información, económico o jurídico. Esto se entiende mejor, en el hecho de que una de las características del contrato de adhesión sea la superioridad contractual de una de las partes, aspecto que *per se* genera ya una concepción de desequilibrio o de asimetría.

Lo anterior resultaría siendo violatorio del principio del equilibrio contractual que tiene su fundamento en artículos del Código de Comercio como del Código Civil[15], pues aun cuando no se tenga un concepto claramente estipulado en la legislación este principio es transversal a todo el ordenamiento. Un manejo doctrinal ha sido considerado en este aspecto, definiendo el principio del equilibrio contractual como "un instrumento por medio del cual las partes

[15] Véase: Art. 1496, 1497,1498,1601,1947,1949 y 2060, del C.C. Véase: Art. 830,867,868 y 872 del C. de Co.

contratantes armonizan sus intereses individuales contrapuestos para satisfacerlos mediante la sunción de obligaciones recíprocas, proporcionales y equivalentes entre sí".

Sin perjuicio de lo anterior, se ha reconocido que no todos los contratos de adhesión son desequilibrados y, por tanto, no vulnerarían el principio del equilibrio contractual, pues perfectamente pueden existir aquellos CA que aun cuando la adhesión del adherente sea casi que obligada, el equilibrio se mantiene y se respeta lo acordado.

Además, nótese, que en nuestro ordenamiento no se han prohibido dichos contratos siendo el riesgo de generarse un desequilibrio contractual en ellos más elevado que en otros. Lo que nuestro ordenamiento ha decidido es regular los CA. Hoy en día se imponen unos límites para evitar los abusos que de estos se puedan derivar, esto obedece más que a una razón jurídica a una razón social, pues es de aceptar que los CA son producto también de una necesidad de la sociedad en aras a procurar ir al ritmo en el que el desarrollo económico es cada vez más ágil. De frenarse los CA se generaría un efecto negativo para la economía.

Con relación a dichos límites, estos se encuentran en sistemas tuitivos o protectores que imponen deberes a los predisponentes (quienes elaboran el contrato de adhesión) tales como el deber de información y el deber de actuar de buena fe, entre otros, que no son ajenos a la legislación, pues el último de ellos está contemplado en la legislación civil en su Art. 1603, y en la legislación comercial en su Art. 871. De igual manera, estos sistemas protectores establecen controles para evitar lo que se denominan cláusulas abusivas, tema, que no es objeto de nuestro ensayo pero que es mencionado en la legislación comercial y civil, y que adicional a ello la doctrina lo ha tomado como una de las posibilidades de generar desequilibrio contractual en este tipo de contratos.

A manera de conclusión, y como bien lo sostiene el doctrinante Rezzónico[16]: "la desigualdad de las partes en los contratos de adhesión no excluye de ninguna manera su carácter de verdaderos contratos. Aquella sólo da lugar a requerir medidas de protec-

[16] REZZÓNICO, Juan Carlos. *Contratos con cláusulas predispuestas, condiciones negociales generales,* pp.312.

ción especiales en favor del individuo que adhiere" . Por lo tanto, es posible predicar el equilibrio contractual en los CA y de los posibles desequilibrios que se puedan generar en ellos, es necesaria la intervención del Estado, concretamente del legislador, en aras a proteger a las partes consideradas como débiles y mantener vigente el principio del equilibrio contractual.

2. El estatuto del consumidor como sistema tuitivo.

Como se advirtió con anterioridad, hay una clara necesidad de proteger a la parte débil en los contratos de adhesión, siendo el mejor ejemplo de ello el estatuto del consumidor, que es el que regula las relaciones jurídicas de consumo, en donde los contratos que de allí emanan son en su gran mayoría de adhesión. Es lógico reconocer que los contratos de consumo, y más aún el derecho de consumo, son el mejor ejemplo de cómo funcionan los contratos de adhesión, cómo se protege la parte débil y cómo se busca el equilibrio contractual.

El objeto del EC es "regular los derechos y las obligaciones surgidas entre los productores, proveedores y consumidores y las responsabilidades de los productores y proveedores"[17]. De la lectura de los artículos del EC, es posible no solo afirmar que reconoce expresamente los contratos de adhesión[18], sino que además acepta, como bien lo afirman doctrinantes como Stiliglitz[19] o Mendoza Ramírez[20] que hay un desequilibrio, una desigualdad o una asimetría entre los contratantes, que bien puede existir al tiempo del perfeccionamiento o durante su ejecución. Esto nos lleva a afirmar que el EC surge como un mecanismo que busca mantener el equilibrio en los contratos de adhesión, concretamente en aquellos de consumo.

Además de lo anterior, el EC también busca mantener la "libre decisión de los consumidores que les permita emitir su consentimiento libre"[21]. Esto no solo significa que sí son verdaderos contratos,sino que además tienen una garantía para que, en aras a celebrar un contrato de adhesión,

[17] Art. 2. Ley 1480 del 2011.
[18] Art. 5, numeral 4 de la ley 1480 del 2011
[19] STIGLITZ, Rubén S. *Contratación privada y protección al consumidor,* pp. 186 y 187
[20] MENDOZA, Álvaro. *Autonomía de la voluntad.*
[21] DOMONT-NAERT, Françoise. *Las tendencias actuales del derecho de contratos con respecto a la reglamentación de las cláusulas abusivas.* Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1994, pp. 212 y 213.

se pueda llegar a satisfacer la necesidad que se buscaba desde el inicio en este tipo de contratos, sin excluir la imposición de quien elabora el contrato, pues a este último, gracias al EC, también se le exigen deberes para con quien contrata, como actuar de buena fe, no incluir cláusulas abusivas[22] e incluso proporcionar información.

Sin embargo, es lamentable que el Estatuto del Consumidor no considere que, en las relaciones jurídicas de consumo, la parte más débil puede ser diferente al consumidor, pues en algunas incluso aquellos que son considerados como "la parte fuerte" pasa a ser la débil y muchas veces no son protegidas. Además de ello, también es triste que el EC, cuyo objeto de estudio son propiamente los contratos de consumo, su aplicación, muchas veces se restrinja a este campo; es por ello, que algunos doctrinantes manifiestan la necesidad de que así sea por vía de analogía o con la creación de nuevos sistemas paralelos, se acoja, en su totalidad y en todos los campos en donde los CA jueguen papel alguno, la búsqueda de la protección de la parte débil y la preservación el equilibrio contractual.

En conclusión, se dice que el EC es un sistema tuitivo porque es protector de la parte más débil, y esto es porque reconoce el desequilibrio de los contratos de adhesión y busca a través de sus normas mantener el equilibrio contractual para el buen funcionamiento de una figura jurídica que hoy en día es necesaria para la sociedad.

CONCLUSIONES.

- Los CA nacen debido a la necesidad que se tiene de facilitar la contratación masiva, y no retrasar el desarrollo económico.

- A pesar de la crítica de que los CA no son verdaderos contratos, el ordenamiento jurídico colombiano y la jurisprudencia han sostenido que la adhesión es una forma de manifestar la voluntad de la parte más débil y que con ello se llega al consentimiento, propio de los contratos.

- Es cierto que la libre discusión, previa a la celebración del contrato, garantiza que el mismo se pueda celebrar y ejecutar de una mejor forma. Sin perjuicio de ello, la

[22] Art. 43. Ley 1480 de 2011.

libre discusión no es un elemento imperioso al momento de contratar, bien pueden las partes celebrar el negocio, a pesar de que no se hayan pronunciado sobre el mismo con anterioridad.

- Con relación a la segunda crítica, es claro que los CA son mayormente propensos a generar desequilibrios. Sin perjuicio de ello, es posible predicar un equilibrio contractual, cuando la predisponente obra de buena fe y cumple sus deberes, y cuando el consumidor (v.gr. en el caso de relaciones de consumo) ve satisfecha su necesidad.

- El desequilibrio contractual provoca la necesidad de crear sistemas protectores, tales como el EC para garantizar y mantener el equilibrio exigido en el ordenamiento.

Bibliografía

- *BONIVENTO CORREA, Pedro Felipe. La autonomía privada de la voluntad frente a los contratos de derecho privado.*

- *CÓDIGO CIVIL. Ley 57 de 1887*

- *CÓDIGO DE COMERCIO. Decreto 410 de 1971*

- *DOMONT-NAERT, Françoise. Las tendencias actuales del derecho de contratos con respecto a la reglamentación de las cláusulas abusivas. Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1994*

- *LARROUMET, Christian. Teoría general del contrato, Volumen I.*

- *LE PERA, Sergio. Cuestiones del derecho comercial.*

-*Ley 1480 del 2011*

- *MAZEAUD, Henri, León y Jean, " Lecciones de Derecho Civil", Buenos Aires 1.960, parte II, Vol. Y, pág. 129.*

- *MENDOZA, Álvaro. Autonomía de la voluntad*

- *MENDOZA, Álvaro. Contratos. pp. 1*

- MENDOZA, Álvaro. Requisitos del negocio jurídico.

- POSADA, Camilo. El equilibrio contractual en los contratos de adhesión. EDITORIAL IBAÑEZ, pp. 96

- POSADA, Camilo. El equilibrio contractual en los contratos de adhesión. EDITORIAL IBAÑEZ

- REZZÓNICO, Juan Carlos. Contratos con cláusulas predispuestas, condiciones negociales generales.

- RIPERT: La régle Morale Dans les Obligations Civile, París, Cuarta Edición, 1.949.

- SALEILLES, Raymond, De la Déclaration de Volonté, París, 1.901.

- STIGLITZ, Rubén S. Contratación privada y protección al consumidor.

La obligación no obligatoria

Sahara Bejarano Tovar

Universidad de La Sabana

Para el ilustre Raimundo Emiliani *"La obligación civil es un vínculo jurídico entre dos personas (o más) en virtud de la cual una de ellas, llamada deudor, está constreñida a dar alguna cosa, a hacer o no hacer algo, a favor de otra llamada acreedor, el cual tiene el poder de compeler al deudor al pago" (Emiliani, 2001)* pero ¿qué pasaría si un acreedor no pudiera compeler contra el deudor? ¿qué pasaría si el deudor no estuviera constreñido ante el acreedor? En otras palabras, ¿puede existir una obligación jurídica que carezca de la coacción civil que permite hacerla exigible? Por medio del presente texto se estudiarán las denominadas "obligaciones naturales" analizando la historia de esta figura, cómo se percibe la misma desde el derecho comprado, cuál ha sido el tratamiento de este concepto en el ordenamiento jurídico colombiano y la postura al respecto de algunos destacados doctrinantes.

Las obligaciones naturales son aquellas desprovistas de sanción, esto significa que el acreedor no puede compeler al deudor dejando el cumplimiento de la obligación a merced de la discrecionalidad, conciencia o voluntad del deudor. Esta figura nació en el derecho romano, *"remontan (…) de un texto de Séneca, a la época de Nerón (…) La teoría de las obligaciones naturales ha nacido con motivo de los contratos concluidos por los esclavos" (Colin y Capitant, 2002)* poco después la figura se amplió un poco y fue utilizada por los jurisconsultos en casos excepcionales tales como cuando un impúber contrataba sin la *auctoritas* de su curador o en casos en las que las obligaciones contraídas por un menor emancipado se convertía en ineficaz *por una restitutio in integrum.* Las obligaciones naturales en el derecho romano eran una particularidad y una excepción, no es para menos atendiendo la definición de obligación que nos regala Justiniano "la obligación es un vínculo jurídico que nos impone la necesidad de pagar a otro una cosa, según nuestro derecho civil" (Ortolan, 1884) de lo cual se puede vislumbrar cómo el elemento de imposición ha sido parte esencial de la obligación civil desde sus inicios.

La figura fue rescatada por los doctrinantes Domat y Pothier, para este ultimo *"Le terme d'obligation a deux significations: dans une signification étendue, lato sensu, il est synonyme au terme de devoir, et il comprend les obligations imparfaites, aussi bien que les obligations parfaites; (…) le terme d'obligation dans un sens plus propre et moins étendu ne comprend que les obligations parfaites, qu'on appelle aussi engagements personnels, qui donnent à celui envers qui nous les avons contractés le droit d'en exiger de nous l'accomplissement (...) les jurisconsultes définissent ces obli-*

gations ou engagements personnels un lien de droit qui nous astreint envers un autre à lui donner quelque chose, ou à faire ou à ne pas faire quelque chose (...) ne conviennent qu'à l'obligation civile : l'obligation naturelle.... est aussi, quoique dans un sens moins propre, une obligation parfaite, car elle donne, sinon dans le for extérieur, au moins dans le for de la conscience, à celui envers qui elle est contractée, le droit d'en exiger l'accomplissement ; au lieu que l'obligation imparfaite ne donne pas ce droit" (Pothier, 2011).

De lo anterior se puede concluir que para Pothier la obligación natural es una obligación perfecta que se diferencia de un deber de conciencia dado que las obligaciones naturales pueden llegar a tener efectos, tales como que se entienda valido el pago cuando se realiza de modo voluntario de una obligación natural y la imposibilidad de la repetición del mismo.

El código francés no enumero las posibles situaciones fácticas por las cuales entraríamos al terreno de las obligaciones naturales, sin embargo, se entiende la adopción de esta teoría a partir del artículo 1235 del Code Civil expresando: *"Tout paiement suppose une dette: ce qui a été payé sans être dû, est sujet à répétition. La répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées" (Code Civil, 1804)* pese a esto el 10 de febrero del 2016 por medio de L´ Ordonnance n°2016-131 en su artículo segundo se derogo la existencia de las obligaciones naturales. De esta manera el país que impulso la teoría en la modernidad se retracta de reconocer en el ordenamiento un compromiso que carece de exigibilidad jurídica.

Se podría entonces afirmar que Francia mediante esta reforma se acercó a la doctrina de los países que se rigen con el sistema de "Common Law" quienes no consideran que los deberes morales generen obligaciones jurídicas que justifiquen el pago, como se estableció en el memorable caso "Schnell vs Nell" de la Corte Suprema de Indiana en el cual la corte resolvió que la existencia de una obligación moral (moral obligation) no era suficiente para generar una obligación civil, porque para que existiera la obligación civil debe entre otros factores existir una "not moral consideration", en este sentido los deberes morales no son una razón legalmente válida para exigir un cumplimiento. Igualmente, en el caso "Thomas vs Thomas" la corte a cargo del Lord Denman consideró que *"Motive is not the same thing with consideration. Consideration means something which is of some value in the eye of the law"* afirmando que las razones que justifiquen el cumplimiento de una obligación son

aquellas que tienen algún significado jurídico, cuando estas razones carecen dicha relevancia carecen asimismo de exigibilidad jurídica, entonces no es lo mismo una mera razón moral a una consideración.

Por otro lado, en países como Alemania se desconoce la existencia de las obligaciones naturales, en cambio se refieren a los deberes morales. Esto dicta en el artículo § 814 del BGB *"Das zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit Geleistete kann nicht zurückgefordert werden, wenn der Leistende gewusst hat, dass er zur Leistung nicht verpflichtet war, oder wenn die Leistung einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprach"* por ende, según la postura alemana las obligaciones naturales no existen, y los deberes morales no pueden ser reclamados.

Similar posición asume el ordenamiento jurídico boliviano el que adiciona al deber moral el deber social, por lo demás el tratamiento que el artículo 964 del código civil concede es el mismo que se vio con anterioridad en el caso alemán.

En Italia las obligaciones naturales existen sin diferenciarse de los deberes morales ni los sociales, *"Non è ammessa la ripetizione di quanto e stato spontaneamente prestato in esecuzione di doveri morali o sociali, salvo che la prestazione sia stata eseguita da un incapace"* articulo 2034 del Codice Civile, es curioso como en este ordenamiento la obligación natural ya no depende únicamente de la sensatez o moral del deudor también depende de la moral colectiva *"La dottrina prevalente, però in linea con la giurisprudenza, ha affermato che il dovere che sia soltanto morale oppure sia solo individuale non basta per configurare un'obbligazione naturale: occorre, infatti, che tale dovere, oltreché morale, sia anche sociale, cioè sentito come tale dalla collettività e condiviso dalla maggioranza di essa"* aunque este elemento de obligación social es exótico puede entenderse como un método coercitivo, así el deudor puede recibir un rechazo social por desconocer la obligación, dicho lo anterior es importante notar que la obligación natural no se encuentra en el plano jurídico sino en el plano moral y social a consecuencia de que el acreedor, inclusive cuando existe dicha presión social, sigue sin contar con una herramienta legal que le permita compeler efectivamente contra el deudor.

Es innegable la influencia que tuvo el código chileno al momento de la redacción del Código Civil en Colombia tanto así que al comparar las dos normas la única diferencia existente es que en el Código Civil chileno estas se encuentran en el artículo 1470 mientras

que el Código Civil colombiano contempla las obligaciones naturales en el artículo 1527 en el cual legislador inicia enunciado la existencia de este tipo de obligaciones "Las obligaciones son civiles o meramente naturales."

Continua el legislador en el mismo artículo definiendo lo que se debe entender por cada una de ellas estableciendo que las obligaciones "Civiles son aquellas que dan derecho para exigir su cumplimiento. Naturales las que no confieren derecho para exigir su cumplimiento, pero que cumplidas autorizan para retener lo que se ha dado o pagado, en razón de ellas." Es decir, en Colombia se considera obligación natural un vínculo entre personas que carece de un método coercitivo para exigir el cumplimiento, parece absurdo tratar el asunto en el ámbito jurídico pues una característica del derecho es su capacidad de compeler al deudor de una obligación al pago de la misma, por ende si una obligación carece de este elemento no es negable que sea una obligación lo que es totalmente refutable es que sea una obligación jurídica, si como lo expresa Pothier, en una cita expuesta con anterioridad, las obligaciones naturales existen por la fuerza de la conciencia del deudor quien decide ejecutar o no la obligación dejando impedido al acreedor de exigir el pago.

El legislador colombiano se da a la tarea de enlistar aquellas situaciones fácticas en las que se estará ante una obligación natural:

"1. Las contraídas por personas que, teniendo suficiente juicio y discernimiento, son, sin embargo, incapaces de obligarse según las leyes, como los menores adultos no habilitados de edad", es claro que si el articulo 1502 del Código Civil exige la capacidad de los sujetos para poder contraer obligaciones en el ámbito jurídico al carecer de esta capacidad no existe una obligación jurídica, sin embargo, la norma hace referencia a una de las causales de anulabilidad contempladas por el Código de Comercio en el artículo 900.

"2. Las obligaciones civiles extinguidas por la prescripción." Entendiendo que la prescripción tiene por fin privar al acreedor de exigir judicialmente un derecho a causa de su inacción en el plazo que determina la ley es una incoherencia que el legislador entienda vigente una obligación extinta.

"3. Las que proceden de actos a que faltan las solemnidades que la ley exige para que produzca efectos civiles; como la de pagar un legado, impuesto por testamento, que no

se ha otorgado en la forma debida." De nuevo el legislador se recae en una incoherencia porque en este numeral se refiere a una obligación que no existente en el ámbito jurídico como lo expresa el articulo 1500 del Código Civil y lo ratifica el articulo 898 del Código de Comercio "Será inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación".

"4. Las que no han sido reconocidas en juicio, por falta de prueba." Evocando el antiguo principio romano ***"Da mihi factum, dabo tibi ius"*** (dame el hecho o prueba y te daré el derecho) que aún en nuestros días sigue siendo un principio del derecho probatorio conocido como la necesidad de la prueba, el cual estipula que el juez debe fallar teniendo en cuenta las pruebas en conjunto de modo regular y oportuno y al principio de la carga de la prueba, que recae sobre la parte que genera una afirmación, de lo contrario se entiende como infundado sus reclamos.

De lo anterior es posible destacar que el legislador hace un esfuerzo por limitar y aclarar la institución, esto es entendible puesto que de otro modo podría prestarse para malos usos, por ejemplo al momento en que un deudor considere que está ante una obligación natural cuando realmente se encuentra en el campo de las obligaciones civiles, sin embargo, como se especificó en cada uno de los numerales las obligaciones que el legislador menciona como naturales son obligaciones inexistentes o nulas en el ámbito jurídico, es decir, las obligaciones naturales se hacen cargo de situaciones extrajurídicas por lo tanto, es un absurdo que el legislador se haya tomado el tiempo de incluirlas en el código, y que seguidamente se presente un listado taxativo de obligaciones que no pertenecen a la esfera jurídica pero que por estar en el código se entiende que si lo hacen.

Para Ospina Fernández reconocer las obligaciones naturales en el mundo del derecho no es más que un absurdo, pues *"la coercibilidad es elemento esencial de toda norma jurídica (…) Si el deudor no cumple su obligación en la forma y tiempo debidos, el acreedor puede impetrar el auxilio del Estado para que (…) se satisfaga su derecho coaccionando al deudor renuente"* y precisamente este es el elemento que carece la obligación natural. El doctrinante entiende las obligaciones naturales como aquellas que obligaciones morales que ascienden a la vida civil, lo cual no parece un concepto apropiado pues no se puede predicar la superioridad de ninguno de los dos ordenamientos, sin embargo, de su afirmación se puede entender que las

obligaciones naturales son propias de un ordenamiento moral que por algún motivo entraron al ordenamiento civil, visto de este modo la afirmación es lógica.

Además de Ospina Fernández son varios los autores que se han enlistado en la tendencia doctrinal que niega la juridicidad de las obligaciones naturales, así Barassi afirma que "proclamar la existencia de una norma jurídica, ni sustentada por una responsabilidad emergente de su incumplimiento a cargo del sujeto pasivo, es un juego de palabras incompresible" *(Pizarro y Vallespinos, 2009)*. Para Planiol "la obligación natural encerraría una contradicción terminológica y una claudicación lógica. Denotaría una contradicción terminológica pues, en los hechos, se estaría proclamando la existencia de una obligación no obligatoria" *(Díaz Cruz, 1946)*. Por último, Demogue considera que *"el concepto mismo de obligación pone de presente un aspecto esencial: la tutela otorgada al acreedor que, (…) puede ser de diversa amplitud (…) Esta amplitud, (…), distingue a la obligación propiamente jurídica de aquella de carácter meramente moral" (Demogue, 1923).*

En conclusión, la figura de la obligación natural surgió en el derecho como una medida necesaria para abarcar supuestos de hecho que no estaban contemplados por el derecho romano, fue una figura que resurgió con el movimiento codificador francés y que hasta hoy en día es reconocido por algunos ordenamientos jurídicos. A pesar de lo anterior, no ha sido una figura tratada de un modo pacífico en los diversos ordenamientos jurídicos ni en la doctrina es así como en aquellos países de tradición de common law las obligaciones naturales no tiene repercusión en el mundo jurídico mientras que en la mayoría de países influenciados por el Código Civil chileno como lo es Colombia la figura se encuentra legislada y vigente dentro del ordenamiento, no deja de ser curioso como Francia país que impulso la figura la desechó recientemente de su ordenamiento jurídico. En el caso concreto colombiano la figura como la contempla el legislador cuenta con varias dificultades que más allá de promover su existencia desencadena fuertes críticas como aquella del Doctor Mendoza quien afirma que la institución es inútil.

Bibliografía:

Burgerliches Gesetzbuch (Bgb). (1900). Recuperado Abril 24, 2017, De Http://Www.gesetze-Im-Internet.de/Bundesrecht/Bgb/Gesamt.pdf

Codice Civile. (1942). Recuperado Abril 24, 2017, De Http://Www.studio-cataldi.it/Codicecivile/Codice-Civile.pdf

Código Civil Boliviano. (2017). Recuperado Abril 24, 2017, De Http://Www.wipo.int/Edocs/Lexdocs/Laws/Es/Bo/Bo039es.pdf

Código Civil Colombiano. (1887). Recuperado Abril 23, 2017, De Http://Www.alcaldiabogota.gov.co/Sisjur/Normas/Norma1.Jsp?l=39535

Código De Comercio. (1971). Recuperado Abril 23, 2017 De Http://Www.alcaldiabogota.gov.co/Sisjur/Normas/Norma1.Jsp?l=41102

Colin, A., & Capitant, H. (2002). Derecho Civil Obligaciones. Mexico: Editorial Juridica Univeristaria S.a.

Demogue, R. (1923). Tratado De Las Obligaciones. Paris: Editorial Libreria.

Díaz, M. (1946). Tratado Práctico De Dereceho Civil Francés. La Habana: Cultural.

Emiliani, R. (2001). Curso Razonado De Obligaciones. Bogota. Universidad Sergio Arboleda

Murray, J. (N.d.). Contracts: Cases And Materials. Reuperado Abril 27, 2017, De Https://Books.google.com.co/Books?Id=Rggxrrtsnisc&Pg=Pt253&Lpg=Pt253&Dq=Schnell+Vs+Nell+Supreme+Court&Source=Bl&Ots=O6tyjccf8b&Sig=Jfws8doccwmxat0wytigp0o1hfi&Hl=Es-419&Sa=X&Ved=0Ahukewi63nulq9_tahwiwiykhb4lcqwq6aeiwjah#V=Onepage&Q=Schnell%20Vs%20Nell%20Supreme%20Court&F=False

Network Knowledge. (N.d.). Contract Law Casenotes. Recuperado Abril 27, 2017, De Http://Netk.net.au/Contract/Thomas.asp

Ortolan, M. (1884). Explicación Historica De Las Institutas. Madrid: Librería De Locadio López.

Ospina, G., Fernandez. (1983). Teoria General De Los Actos O Negocios Juridicos. Bogota: Editorial Temis.

Pizarro, R., & Vallespinos, C. (2009). Instituciones De Derecho Privado Obligaciones. Buenos Aires: Editrial Hammurabi S.r.l.

Pothier, R. (2011). Traité Des Obligations. Paris: Dalloz.

RESPONSABILIDAD EXTRANEGOCIAL:

NEXO DE CAUSALIDAD O IMPUTACIÓN?

María Camila Zambrano Parra

Universidad de La Sabana

I. INTRODUCCIÓN

Mucho se ha hablado en materia de responsabilidad civil y del Estado y, a pesar de ello, llama la atención algunos aspectos que hoy en día se discuten en las altas cortes de nuestro país e incluso, han sido abordados también por distintos doctrinantes. Por ejemplo, la propuesta del tratamiento de una sola responsabilidad denominada: civil, con unos mismos elementos; un daño que le es imputable a alguien y el objetivo de no dejar víctima sin reparar[1].

Sin embargo la responsabilidad, además de ser tratada separadamente, por un lado, en civil y de otro, del Estado, se ha dividido tradicionalmente en dos: negocial (para otros, contractual) y extranegocial (para otros extracontractual). La negocial deriva del negocio jurídico como fuente de obligaciones, la extranegocial deriva de las demás fuentes diferentes al negocio jurídico. Para llegar a la configuración de esta última se han precisado elementos como: una conducta, la culpa o falla (esta última en caso de responsabilidad del Estado), un daño y la relación de causalidad[2].De los elementos referidos, el más importante es el daño, porque es este el que da origen a la responsabilidad, el daño es por lo tanto una condición necesaria para la existencia de responsabilidad.

No obstante, han sido discutidos, la culpa o falla y el nexo de causalidad. El dilema frente al primero de ellos, tiene su origen en el enfrentamiento de la teoría clásica y tradicional de la culpa y nuevas teorías denominas de riesgo, en otros términos, sería el enfrentamiento del régimen subjetivo de responsabilidad (con culpa o falla) y el régimen objetivo (sin culpa o sin falla). En cuanto al nexo de causalidad, OBDULIO VELASQUEZ y LUIS G. SERRANO, reconocen que es un elemento común aplicable a la fórmula de responsabilidad extranegocial del Estado y civil, así como de la responsabilidad negocial, a pesar de ello, recientes pronunciamientos del Consejo de Estado sobre todo en materia de responsabilidad extranegocial del Estado han puesto en discusión si se debería hablar de nexo de causalidad o, en su defecto, se debería adoptar mejor el término de imputación.

Es por esto último, que este ensayo tendrá como objetivo el análisis del nexo de causalidad como elemento de configuración de responsabilidad, revisando desde la concepción clásica, la inclusión del término "imputación" en nuestra

[1] Mendoza, Álvaro. Acto ilícito.
[2] Velásquez, Obdulio. Responsabilidad civil extracontractual. P. 16. Ed, Temis S.A.
Mendoza, Álvaro. Acto ilícito.

Constitución y los pronunciamientos de las altas cortes, hasta lo que podríamos decir, es una nueva fundamentación de la responsabilidad enfocada especialmente en las víctimas.

II. CONCEPCIÓN CLÁSICA DEL NEXO DE CAUSALIDAD.

El nexo de causalidad es un elemento que no solo ha causado inconvenientes en el mundo civil pues también ha tenido su influencia en el campo penal. Respecto a este punto, se han desarrollado básicamente dos teorías que para efectos de este ensayo nos resultan relevantes, la primera de ellas es la teoría de la causa como causa natural y la segunda es la teoría de la causalidad adecuada[3].

La **teoría de la causa como causa natural** plantea que la relación causal consiste en un enlace físico-natural entre acción y resultado, no comporta, por lo tanto, en palabras de WELZEL HANS un concepto jurídico, sino una categoría del ser. Lo anterior también ha llevado a concluir que el elemento de la causalidad es propio de las ciencias naturales y no de una ciencia social como es el derecho. El jurista en este sentido, no se debe preocupar por las causas fácticas o naturales del daño sino por la pregunta, a quién atribuir la responsabilidad del daño.

Como respuesta a esta teoría, otros persistieron en seguir recurriendo a la causa como elemento de responsabilidad, aclarando, que cuando la "causa" ingresaba al mundo jurídico adoptaba unas características propias, creando así una causa que es propia del derecho y que no se queda en el marco de la causalidad natural y es aquí donde la teoría de la causalidad adecuada toma importancia. Según RAMÓN DANIEL PIZARRO, esta teoría "es en esencia una teoría de la imputación objetiva que permite con unos criterios normativos más o menos ciertos, que un resultado pueda ser atribuido a un comportamiento". Por lo tanto, podríamos decir que para la teoría de la causalidad adecuada, el nexo de causalidad es un sinónimo de imputación y de esta manera explica la importancia del mismo como elemento de atribución de responsabilidad.

Sin embargo, a nuestro juicio y como otros autores han sostenido , en nuestro ordenamiento se presentan todavía inconvenientes, pues muchos jueces aplican simplemente una causalidad fáctica o natural y no usan el concepto de

[3] SERRANO, L. Guillermo, Imputación y causalidad en materia de responsabilidad de daños, p. 14, Ed, Doctrina y Ley. o.

imputación. Lo que sucede entonces, es una consecuencia del uso equívoco del lenguaje, es decir que, al referirse a un mismo concepto tanto para las ciencias sociales como para las naturales, haciendo unas modificaciones para la aplicación del nexo de causalidad en la primera de ellas, lo que ocurre es que el lenguaje se vuelve confuso y su aplicación por lo tanto se complica.

Es debido a lo anterior que organismos del Estado, principalmente el Consejo de Estado , han preferido referirse al término imputación en contraposición al de nexo de causalidad, prescindiendo de tomarlos como sinónimos y con justificación en el artículo 90 de la Constitución de 1991 que establece la responsabilidad extranegocial patrimonial del Estado. En este artículo, dos elementos son de importancia, el daño antijurídico y la imputación, es por ello que, coincidimos con el Consejo de Estado en este aspecto de preferir tomar como elemento la imputación y no el nexo de causalidad. En conclusión, en concordancia con lo que establece ENRIQUE GIL-BOTERO una cuestión es por qué se causa o se genera un daño y otra, a quién se le atribuye la responsabilidad por un daño.

Habiendo dicho esto, es de aclarar que la imputación o como lo denomina el autor inmediatamente anterior, imputación objetiva, refiriéndose a la responsabilidad extranegocial del Estado, requiere un análisis doble o "bifronte" por un lado, una imputación de carácter fáctico y, de otro, una de carácter jurídico. La primera se preocupa por "determinar si en el plano material, mas no necesariamente causal, el daño es atribuible o no a un sujeto de derecho." y la segunda consiste en, la posibilidad de que el ordenamiento jurídico obligue a resarcir el daño que se causó. Es decir, que para hablar en términos generales de imputación se debe verificar que el daño sea fáctica y jurídicamente imputable.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, podemos decir que la conveniencia de hablar de imputación en lugar de nexo de causalidad es bastante alta, especialmente para facilitar y traer consigo la aplicación correcta por parte de los jueces en los casos concretos en materia de responsabilidad. Además, no obsta para que dicha concepción pueda ser extendida a casos en los que no solo se trate de responsabilidad estatal sino igualmente de cualquier otra responsabilidad, si se persiste en manejar dicha división, pues como decíamos anteriormente, el nexo de causalidad, es un elemento común a toda la materia de responsabilidad.

III. LA NUEVA FUNDAMENTACIÓN DE RESPONSABILIDAD: TENDENCIAS.

En los últimos años, sobre el tema de responsabilidad, a nuestro juicio son destacables dos tendencias (i) La reparación de la víctima y (ii) la unificación en materia de responsabilidad.

Sobre la primera tendencia, el Consejo de Estado en sus fallos ha vinculado al Estado a un resultado que necesariamente no ha causado, en otros términos y acudiendo al apartado precedente, se presenta el dilema de qué pasa si no hay sujeto de derecho a quién atribuir responsabilidad, bien porque es imposible su determinación o porque se desconoce su paradero. El trasfondo de la situación es preguntarse si resulta justo que la víctima tenga que llevar las consecuencias del daño causado sin reparación alguna, solo porque se desconoce a quien le es atribuible la responsabilidad, es decir que, no se puede hacer uso de la imputación fáctica.

Al respecto, sentencias del Consejo de Estado como en el caso de la toma guerrillera a la base de Las Delicias y el ataque de las Farc a una compañía militar del Ejército en el cerro Patascoy (Nariño) el 21 de noviembre de 1997 , entre otras, demuestran que el Estado en los casos, por ejemplo, en que un grupo al margen de la ley ha causado un daño entra a responder. Es precisamente el Estado quien debe ingresar a reparar a la víctima, en aras a procurar que la misma no siga sufriendo, aun cuando, el sujeto al que verdaderamente es atribuible el daño sea alguien diferente.

En el ámbito legislativo, el mejor ejemplo de este nuevo enfoque y fundamentación de la responsabilidad, es la Ley 1448 de 2011 o mejor conocida como la "Ley de reparación de víctimas" es un ejemplo de los casos en los que el Estado asume responsabilidad sin haber causado directamente el daño. De igual manera, haciendo un pequeño análisis comparado, la Ley 12/2016, de 28 de julio, de reconocimiento y reparación de víctimas de vulneraciones de derechos humanos en el contexto de la violencia de motivación política en la Comunidad Autónoma del País Vasco entre 1978 y 1999, es otro ejemplo de tenencia enfocada en la reparación de la víctima.

La segunda tendencia ya es propuesta de varios doctrinantes como JUAN CARLOS HENAO, quien afirma que en el tema de la responsabilidad civil y del Estado coinciden los mismos elementos: (i) el daño, (ii) la imputación y (iii) la necesidad de reparar. Esto nos lleva a pensar que quizá el tratamiento de una

sola responsabilidad pueda llegar a ser viable y de paso, nos ayuda a reforzar la idea de que con ello no solo se lograría un manejo coherente del lenguaje, sino que de la misma manera se facilitaría la aplicación por parte de los jueces y se daría paso a lo importante en esta materia que es reparar a la víctima.

Por lo tanto, podemos decir que a la fecha se está presentando una evolución en el campo del derecho, en especial en lo relacionado a materias de responsabilidad, dejando atrás, entre lo más relevante, las tradicionales teorías de la culpa y la causalidad propia del derecho, para dirigirse a una nueva fundamentación de responsabilidad con más claridad en el uso del lenguaje y con un amplio enfoque en la reparación de la víctima.

IV. CONCLUSIONES

- Tradicionalmente han sido considerados como elementos de configuración de responsabilidad extracontractual: una conducta, la culpa o falla (esta última en caso de responsabilidad del Estado), un daño y la relación de causalidad.
- Según algunos autores el nexo de causalidad es un elemento común a cualquier tipo de responsabilidad.
- Se han tomado como sinónimos, por la jurisprudencia y por algunos doctrinantes, el concepto de nexo de causalidad con el de imputación, pero dicha concepción lleva a inconvenientes en la aplicación, porque se maneja un lenguaje equívoco.
- El Consejo de Estado ha preferido hacer uso del término imputación, por su conveniencia en la solución de casos de responsabilidad estatal y con fundamento en el Art. 90 de la Constitución de 1991.
- Teniendo en cuenta que el nexo de causalidad es común a la división tradicional de responsabilidad, nada impide que se aplique el concepto de imputación a otros campos de responsabilidad diferentes a la estatal.
- La imputación, comprende la imputación fáctica, como la atribución de un daño a un sujeto de derecho y una imputación jurídica, como la posibilidad de que el ordenamiento obligue a reparar.
- Legislaciones de nuestro ordenamiento, así como de otros países, le han dado importancia a la reparación de la víctima cuando no es posible determinar el sujeto de derecho que debe responder.
- Hoy en día se propone optar por el tratamiento de una sola responsabilidad y el rechazo a las diferencias tajantes, respaldando la coincidencia de elementos en la división tradicional de responsabilidad.

La búsqueda del equilibrio en los contratos

y los problemas que presenta la lesión enorme frente a la modernización de las obligaciones.

Silvana Jiménez Hurtado

Universidad de La Sabana

La búsqueda del equilibrio en los contratos y los problemas que presenta la lesión enorme frente a la modernización de las obligaciones.

El derecho nunca había presentado cambios tan profundos como lo ha hecho en los últimos tiempos, por lo que es necesario adaptar las normas existentes, y armonizarlas con valores jurídicos que se encuentran en la Constitución Política, como la justicia. Sin embargo, gracias al estancamiento que se ha presentado en algunas normas, existen excepciones, como lo es la figura de la lesión enorme, que aún permanece intacta y requiere como mínimo urgentes ajustes, por la importancia que representa la justicia dentro de un estado social de derecho como el colombiano.

La lesión enorme se ha aplicado en materia civil y por medio del artículo 822 del Código de Comercio en materia mercantil, sin embargo, existen razones para prescindir de esta figura al contar con otras que podrían ser más efectivas, por lo menos en materia mercantil, como la prestación irrisoria, contemplada en el artículo 872 del Código de Comercio, el cual menciona que, cuando la prestación de una de las partes sea irrisoria, no habrá contrato conmutativo. Dicha figura está encaminada a hacer prevalecer el equilibrio en todo tipo de contratos, o como lo diría él profesor y abogado Álvaro Mendoza: "buscando apartarse de la creencia casi absoluta de la intangibilidad de la autonomía de la voluntad, con el propósito de modernizar las obligaciones".[1]

La lesión enorme se da según el artículo 1947 del Código Civil cuando el precio que recibe el vendedor por la cosa es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende; y el comprador a su vez sufre lesión enorme, cuando el justo precio de la cosa que compra es inferior a la mitad del precio que paga por ella. El justo precio se refiere al tiempo del contrato. Cuando esto se presente la parte afectada podrá pedir la rescisión del contrato por lesión enorme, o la pretensión relativa al ajuste del precio. La lesión enorme de igual manera solo procederá en los casos que se trate de contratos respecto de los cuales la ley lo admite (art. 1949 C. C.), cuando la pretensión se reclame dentro del término que la ley concede (art. 1954), que el bien se conserve en poder del comprador (art. 1951 C.C.) y cuando no se trate de un contrato aleatorio.[2]

De lo anterior se derivan varios problemas que esta figura contiene,

[1] Álvaro Mendoza Ramírez, Salón de clase; Obligaciones I, Universidad de la Sabana, Chía. 2017.
[2] Sentencia C- 491 de 2000. MP: Alejandro Martínez Caballero

empezando por la fijación del límite de la lesión cuando el precio es inferior a la mitad del justo precio para el vendedor o superior al doble este justo precio para el comprador, sosteniendo que solo a partir de este punto la lesión puede ser tenida como enorme. Aunque el tema es complejo no podemos estar de acuerdo con la magnitud de lesión que exige el Código, pues deja claramente desprotegidos a un gran número de casos en los cuales el desequilibrio no sea dos veces mayor o menor.

La lesión enorme concebida en la legislación colombiana de forma meramente aritmética, como lo señala la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 25 de septiembre de 2007, en la que reitera que el instituto de la lesión enorme "mira de modo prioritario e independiente de toda consideración subjetiva al fenómeno económico que entraña el intercambio producido"[3], lo que ha llevado en varias ocasiones a consecuencias injustas, pues como muy bien lo plantea Ospina Fernández "un sistema positivo que admita el funcionamiento puramente mecánico de la institución no es menos injusto que aquel que niegue el amparo contra la usura en los actos jurídicos"[4], pues esta forma mecánica vuelve indiferentes a casos que no deberían serlo. Contrario a lo que plantea la prestación irrisoria, que no permite la existencia de contratos en los que no exista un equilibrio en las reciprocas prestaciones, sin hacer distinción alguna.

El Código de Comercio en el artículo 872 establece que el precio se tendrá como irrisorio cuando hay una total desproporción entre este y el valor de la cosa, desproporción tan manifiesta que a simple vista parece ridícula. El fin de este artículo del Código es buscar una mayor equidad y justicia dentro de los contratos, contrario a lo que se presenta en la lesión enorme que, volviendo a citar a Ospina Acosta "este límite peca por exceso de protección a la libertad contractual e incurre en injusticia" razón por la cual, no puede seguir usándose, pues es opuesta al principio de justicia, la base de las obligaciones.[5]

La lesión enorme se presenta sobre todo en la compraventa de bienes inmuebles, figura que solo cabe cuando para el vendedor el precio estipulado es inferior a la mitad del justo precio y el comprador solamente podrá intentar la acción rescisoria si el precio acordado supera el doble de aquel, dándose aquí lo que critica Marcela Castro en su libro;

[3] Sentencia de 25 de septiembre de 2007. Expediente 11001-31-03-027.2000-00528-01. MP: Carlos Ignacio Jaramillo
[4] Eduardo Ospina Acosta. La Lesión Enorme en la catedra y en el foro. 2002. Pg 5.
[5] Eduardo Ospina Acosta. La Lesión Enorme en la catedra y en el foro. 2002.pg. 6

Modernización de las Obligaciones y los Contratos "una inconsistencia y desequilibrio entre el vendedor y el comprador", agregando también que:

> "para colmo de males la pretensión rescisoria que puede intentar la victima de lesión se faculta al contratante no lesionado para impedir dicho efecto, completando el precio faltante si es comprador, o restituyendo el exceso, si es vendedor, con deducción o aumento de una décima parte, respectivamente (C.C. art. 1948)".[6]

No reprimiendo en lo absoluto el abuso en la contratación, conduciendo en la práctica a la desprotección casi total de la parte afectada.

El problema también radica en la inaplicabilidad de la figura en contratos diferentes a aquellos en los cuales la ley admite, pues en varios que no contempla dentro de esta figura también se presentan desequilibrios prestacionales, ¿Por qué no admitirla en la compraventa de bienes muebles?

Es entendible que en un principio no estuvieran contemplados los bienes muebles dentro de esta figura, sin embargo, en las economías modernas los bienes inmuebles han perdido la importancia económica y social que tuvieron en otras épocas y por otro lado los bienes muebles han adquirido una gran importancia, en muchos casos generando mayores riquezas que la tierra, por lo que no se ve justificada esta restricción en el presente.

La falta de inclusión en la regulación legal de muestra cómo la jurisprudencia solo se ha desarrollado en torno a negocios de compraventa. A pesar de esto, no hace mucho la Corte Suprema de Justicia en sentencia de la Sala de Casación Civil del 8 de febrero de 2016[7] abrió la posibilidad para que un tercero que no hace parte del negocio jurídico pueda ejercitar la acción de lesión enorme sobre actos que lesionen sus intereses, con el fin de proteger la prenda general de todos los acreedores. Si los terceros interesados intentan la acción rescisoria, quedan igualmente sometidos a la posibilidad de que el demandado acepte completar o devolver la diferencia, según el caso, con deducción de un 10% ajustando. Sentencia que abre un poco más esta figura tan restrictiva, si bien no a otros negocios, por lo menos a terceros interesados. Por otro lado, la doctora Ana María

[6] Marcela Castro de Cifuentes. Modernización de las Obligaciones y los Contratos. Bogotá. 2015. Pg. 11

[7] Sala de Casación Civil, 8 de febrero de 2016, rad. 54001-31-03-003-2008-00064-01, M.P.: Ariel Salazar Ramírez.

Quintana y el doctor Álvaro Mendoza en su ensayo sobre este preciso fallo plantean la idea de empezar a mirar más hacia el artículo 872 que contempla la prestación irrisoria, siendo dos de los abogados y profesores que inspiran a escribir sobre el tema en cuestión.

Aparte de concebir la figura de forma meramente aritmética y su aplicación únicamente para ciertos casos, es fundamental mencionar también que la acción de recisión solo procede cuando el bien se conserva en poder del comprador, tal y como lo expresa el artículo 1951 del Código de Civil. Esto, debido a que el bien se encontraría en manos de un tercero adquiriente de buena fe.

Como Ospina Acosta describe "es como decir que si el comprador se entera de una u otra manera que va a ser objeto de reclamación judicial por lo que compró a vil precio pueda afanarse a venderlo antes de que sea demandado o notificado de una demanda de lesión enorme"[8], lo cual resulta inconcebible, pues, teniendo en cuenta las restricciones con las que ya cuenta, se vuelve aún más mínima al tener que actuar con suma delicadeza al momento de querer hacer exigible la lesión. Y por el contrario como se vio anteriormente tiende a darle la delantera a aquel que adquirió un inmueble por menos de la mitad de su precio real.

Todos estos inconvenientes que presenta esta institución es lo que ha llevado a varios autores como Marcela Castro en Modernización de las Obligaciones y los Contratos, y a doctrinantes como Pothier, quien es citado por la primera, a considerar la lesión enorme como un vicio del consentimiento, pues en su libro Tratado de las Obligaciones expresa lo siguiente:

"La lesión que sufre uno de los contratantes aun en el caso de que el otro no haya empleado artificio alguno para engañarle, es bastante en sí mismo para considerar vicioso el contrato. Pues la equidad desde el punto de vista comercial consiste en la igualdad, y así mismo desde el momento que esta igualdad se siente herida, el contrato es vicioso."[9]

Sin embargo, esto en oposición a la concepción de lesión enorme en la legislación colombiana, junto con la que ha manejado la Corte Constitucional, la cual "no cree hay un vicio clásico del consentimiento, ya que no existe fuerza ni dolo de la otra parte, y el perjudicado puede saber perfectamente que el precio convenido es muy diferente al precio justo del bien, por lo cual no

[8] Eduardo Ospina Acosta. La Lesión Enorme en la catedra y en el foro. 2002.pg 14
[9] Robert Joseph Pothier. Tratado de las Obligaciones. Buenos aires. Heliasta. 1978. Pg. 29.

puede invocar un error"[10]. No parece tan descabellada la idea de considerar la lesión enorme como un vicio del consentimiento, partiendo del hecho que, el mismo Andrés Bello concibió la lesión como un vicio de los contratos conmutativos.

Siguiendo los pasos de la modernización la prestación irrisoria encaja aquí de forma única, pues no se debe solo sancionar la lesión en casos que se pueden contar con los dedos, el derecho privado no debe tratarse de forma independiente, al contrario, debe guardar relación con el resto del derecho, como la constitución política que consagra la justicia e igualdad en todas las relaciones.

La jurisprudencia colombiana cada vez tiende a seguir el camino que tomó el Tribunal Constitucional Federal Alemán en la sentencia Luth, en la cual, la Corte reconoce el efecto que tienen y deben tener siempre el derecho constitucional sobre el derecho privado. Sentencia que fue utilizada por nuestra propia Corte Constitucional en la sentencia T-720 de 2014 en la que cito el siguiente párrafo:

> "El Tribunal Constitucional no tiene que examinar la interpretación y aplicación del derecho civil como tal. El orden objetivo de valores contenido en las normas de derechos fundamentales de la Constitución influye, sin embargo, en el derecho privado; él rige en cuanto decisión constitucional fundamental para todos los ámbitos del derecho. Asegurar la observancia de esta 'eficacia irradiante' de la Constitución obliga al Tribunal Constitucional. Por esto, él examina si las sentencias de las Cortes Civiles se basan en una concepción fundamentalmente injusta del alcance y eficacia de un derecho fundamental o si el resultado de la sentencia misma lesiona derechos fundamentales de un interesado"[11]

La falta de igualdad e inclusión que trae consigo la figura le la lesión enorme no son las únicas razones que llevan a querer prescindir de ella en materia comercial. Va más allá, es fundamental armonizar el derecho privado y los postulados de la Constitución Política, los derechos fundamentales de la Constitución influyen en todo el derecho privado pues el funcionamiento puramente mecánico de la institución ha llevado a decisiones injustas, lesionando derechos de personas interesadas que obran de buena fe y en la mayoría de los casos solo buscan justicia. Pues, si

[10]Sentencia C- 491 de 2000. MP: Alejandro Martínez Caballero
[11]T-720 de 2014. MP: María Victoria Calle Correa

bien la ley debe promover la libertad y equidad contractual, nada exige que el instrumento sea la rescisión por lesión enorme, pudiendo empezar a hacer uso de la prestación irrisoria contemplada en el Código de comercio, o si lo prefiere, crear un nuevo instrumento jurídico que proteja el equilibrio dentro de los distintos negocios jurídicos.

Bibliografía

Sentencia C- 491 de 2000. MP: Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia de 25 de septiembre de 2007. Expediente 11001-31-03-027.2000-00528-01. MP: Carlos Ignacio Jaramillo.

Eduardo Ospina Acosta. La Lesión Enorme en la catedra y en el foro. Bogotá. Temis. 2002.

Marcela Castro de Cifuentes. Modernización de las Obligaciones y los Contratos. Universidad de los Andes. Bogotá. 2015

A. Quintana Cepeda y A. Mendoza Ramírez, "La Corte amplía el concepto de legitimación activa en la acción de rescisión por lesión enorme: comentario de la sentencia de 8 de febrero de 2016 de la Corte Suprema de Justicia colombiana", Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia 2016.

Sentencia C- 934 del 2013. MP: Nilson Pinilla Pinilla.

Robert Joseph Pothier. Tratado de las Obligaciones. Buenos aires. Heliasta. 1978.

T-720 de 2014. MP: María Victoria Calle Correa.

Universidad de
La Sabana